

Universidade do Porto

Faculdade de Direito

Sara Isabel Pereira e Silva

REGIME JURÍDICO DO AGRUPAMENTO DE CANDIDATOS E CONCORRENTES NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

- As suas repercussões procedimentais e processuais –

Mestrado em Direito

Ciências Jurídico-Administrativas

Trabalho realizado sob a orientação do

Prof. Doutor João Pacheco de Amorim

Porto, Julho de 2016

*Cresce,
Enquanto ainda podes crescer,
Depressa,
Enquanto ainda há um sítio para onde ter pressa.*

(Ievgueni Ievutchenko)

AGRADECIMENTOS

As palavras de gratidão dirijo-as aqueles que sempre foram e serão os pilares fundamentais do meu percurso pessoal e académico, a quem tanto, senão tudo, devo: os meus pais e a minha irmã. As suas palavras de encorajamento e o apoio incondicional serenaram as inquietações desta caminhada e foi o seu espírito de sacrifício que me permitiu apresentar esta dissertação. Terão para sempre o melhor de mim, o meu amor.

Em segundo lugar, agradeço a todos aqueles que, desde o primeiro ano de faculdade, me acompanharam nesta jornada. Agradeço também à Faculdade de Direito da Universidade do Porto e, em especial, ao Senhor Professor Dr. Pacheco de Amorim, cuja disponibilidade e apoio científico demonstrados no decurso deste ano, contribuíram para a realização deste trabalho e para aprofundar o meu interesse pelo Direito Administrativo.

Porto, 31 de Julho de 2016,

Sara Isabel Pereira e Silva

RESUMO

Regime Jurídico do Agrupamento de Candidatos e Concorrentes no Código de Contratos Públicos – as suas repercussões procedimentais e processuais - foi realizado no âmbito do curso de Mestrado em Ciências Jurídico Administrativas, lecionado na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, sob a orientação do Professor Doutor João Pacheco de Amorim.

Com o propósito de analisar o regime legal preceituado no artigo 54.º do Código de Contratos Públicos, as suas implicações no procedimento pré-contratual, na fase de execução do contrato público e no contencioso administrativo, encetamos um breve estudo da figura, delimitando-a conceptualmente mediante a sua distinção de outras figuras afins. Após o enquadramento geral, avançamos para a exposição histórico-comparativa e o exame do regime legal do Agrupamento, diferenciando o regime preconizado para os candidatos do regime dos concorrentes, as exigências de habilitação e as modalidades jurídicas de associação.

Na segunda parte da presente dissertação abordamos as questões estruturais do regime com especial enfoque para a comunicabilidade dos impedimentos e o regime de solidariedade entre os membros do agrupamento. Individualizamos ainda as *nuanças* da figura no contencioso administrativo e a sua relação com o princípio da concorrência.

O encadeamento dos tópicos de estudos conduziram-nos à conclusão de que a associação dos operados económicos implica inúmeras vantagens para o mercado público e para o interesse público. Contudo, da associação decorre da mesma forma riscos ou desvantagens para os seus membros e para as entidades adjudicantes que devem ser considerados.

A compreensão do tema e das suas questões controvertidas implicou a consulta da doutrina e jurisprudência mais avalorada, quer nacional, quer europeia, e ainda, o recurso da legislação chamada à colação em matéria de agrupamentos.

PALAVRAS-CHAVE

Agrupamento – Impedimento – Solidariedade – Legitimidade – Concorrência

ABSTRACT

Legal Regulation of the group of economic operators on the Public Procurement Code – the effects on the administrative and judicial procedural, developed regarding the Master Course in the area of the Legal and Administrative Sciences, taught in Law School at the University of Porto, under Professor João Pacheco de Amorim orientation.

In order to analyze the legal regulation provided in article 54.º on the Public Procurement Code, its implications on pre-contractual procedure, on the contract execution stage and on the administrative litigation, we began a brief study of the figure, through the conceptual definition and the distinction from other similar figures. Following, we work towards a historical-comparative analysis and the study of the group of economic operator legal regime, differentiating the candidates and the competitors regimes, the qualification and the legal form of association.

In the second part of this thesis we address the structural issues of the system with special focus on the communicability of impediments and the solidarity system between group members. We also individualize the *nuances* of the figure, in administrative litigation and the relationship with the principle of competition.

The sequence of study topics led us to the conclusion that the combination of economic operators entails numerous advantages for the public market and the public interest. However, the association runs in the same way risks or disadvantages for its members and for contracting authorities which should be considered.

The understanding of the subject and its controversial issues implied the consultation of the doctrine and jurisprudence, both national and european, and also the use of the legislation called into play on the group of economic operators.

KEYWORDS

Group of economic operators – Impediments – Solidarity – Legal Standing - Competition

ABREVIATURAS

ACE – Agrupamentos Complementares de Empresas

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CP – Código Penal

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo dos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

DL – Decreto-Lei

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

RRCEE – Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas

SGPS – Sociedades Gestoras de Participações Sociais

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TCA Norte – Tribunal Central Administrativo Norte

UE – União Europeia

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| PARTE I – REGIME JURÍDICO DO AGRUPAMENTO DE CANDIDATOS E CONCORRENTES NO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA | 9 |
| 1 - ENQUADRAMENTO GERAL | 9 |
| 1.1 - DISTINÇÃO DOS AGRUPAMENTOS DE OUTRAS FIGURAS AFINS..... | 10 |
| 1.2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FIGURA DO AGRUPAMENTO DE CANDIDATOS OU CONCORRENTES | 13 |
| 2 - O REGIME JURÍDICO NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS | 17 |
| 2.1 - REQUISITOS GERAIS E ESPECÍFICOS APLICÁVEIS AOS AGRUPAMENTOS DE CANDIDATOS..... | 21 |
| 2.2 - REQUISITOS GERAIS E ESPECÍFICOS APLICÁVEIS AOS AGRUPAMENTOS DE CONCORRENTES | 24 |
| 2.2.1 - A PROIBIÇÃO DE DUPLA PARTICIPAÇÃO..... | 28 |
| 2.2.2 - A HABILITAÇÃO | 29 |
| 2.2.3 - AS MODALIDADES JURÍDICAS DE ASSOCIAÇÃO | 31 |
| 2.2.3.1. - A FIGURA DO CONSÓRCIO | 32 |
| 2.2.3.2 - A FIGURA DO AGRUPAMENTO COMPLEMENTAR DE EMPRESAS | 34 |
| 2.2.3.3 - A FIGURA DA ASSOCIAÇÃO EM PARTICIPAÇÃO | 35 |
| 2.2.3.4 – SOCIEDADE ANÓNIMA | 35 |
| PARTE II – QUESTÕES ESTRUTURANTES DO REGIME JURÍDICO DOS AGRUPAMENTOS DE CANDIDATOS E CONCORRENTES..... | 37 |
| 1 - REPERCUSSÕES PROCEDIMENTAIS DO REGIME – A COMUNICABILIDADE DOS IMPEDIMENTOS E A SOLIDARIEDADE COMO REGIME DE RESPONSABILIDADE | 37 |
| 1.1 - APRECIÇÃO CRÍTICA | 43 |
| 2 - REPERCUSSÕES PROCESSUAIS DO REGIME – EM ESPECIAL, O REQUISITO DO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ATIVO | 50 |
| 2.1 - APRECIÇÃO CRÍTICA..... | 56 |
| 3 - O IMPACTO DO PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA E DAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA NO REGIME DOS AGRUPAMENTOS DE CANDIDATOS E CONCORRENTES..... | 62 |
| 3.1 - A SUSCETIBILIDADE DE PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS POR AGRUPAMENTOS DE CANDIDATOS OU CONCORRENTES | 68 |
| 3.2 - A PROIBIÇÃO DA DUPLA PARTICIPAÇÃO | 71 |
| 3.3 - APRECIÇÃO CRÍTICA..... | 73 |
| CONCLUSÃO | 77 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 78 |

INTRODUÇÃO

A dissertação que ora se apresenta pretende contribuir para a compreensão da figura do agrupamento de candidatos e concorrentes no âmbito da formação e execução do contrato público. Pela multiplicidade de questões que surgem no âmbito do agrupamento, atualmente previsto no artigo 54.º do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP), urge identificar e explorar as repercussões do regime legal a partir da perspectiva dos vários intervenientes: membros do agrupamento, candidatos ou concorrentes que com ele concorrem e por fim, as Entidades Adjudicantes.

Como tal, a presente dissertação encontra-se dividida em duas partes. Na primeira parte, o enfoque recairá sobre a sistematização legal da figura pelo que no primeiro capítulo procurar-se-á realizar um enquadramento geral da figura dos agrupamentos de candidatos ou concorrentes mediante considerações iniciais e a sua distinção de figuras afins. No segundo momento, será desenvolvida uma abordagem histórica e comparativa, com particular atenção à influência europeísta na previsão legal do instituto.

No segundo capítulo, examinar-se-á o regime jurídico dos agrupamentos de candidatos e concorrentes, discorrendo-se sobre as exigências legais bem como sobre as modalidades jurídicas de associação.

Por sua vez, a segunda parte da dissertação será orientada para as questões estruturantes do regime, abordadas a partir das perspetivas dos diversos intervenientes no procedimento pré-contratual e na execução do contrato público. Nessa medida, o primeiro capítulo prender-se-á com as repercussões procedimentais do agrupamento de candidatos e concorrentes, mormente sobre a comunicabilidade dos impedimentos e o regime de responsabilidade imperativamente imposto aos seus membros. Posteriormente, serão abordadas as repercussões processuais da adoção da figura do agrupamento, em particular a relação entre a associação informal e a legitimidade processual ativa numa eventual ação de impugnação judicial. O último sub tema a analisar decorrerá do impacto do princípio da concorrência e do Direito da Concorrência no regime do agrupamento de candidatos e concorrentes.

O capítulo quatro, num tom conclusivo, fará referência às principais questões colocadas ao longo do estudo mediante a agregação da apreciação crítica exposta individualmente, no decurso da dissertação.

PARTE I – REGIME JURÍDICO DO AGRUPAMENTO DE CANDIDATOS E CONCORRENTES NO PROCEDIMENTO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

1 - ENQUADRAMENTO GERAL

A apresentação da candidatura ou proposta num procedimento de contratação pública, pode ser realizado individual ou conjuntamente, mediante uma associação formal ou informal de pessoas singulares ou coletivas¹.

Frequentemente, a associação de candidatos ou concorrentes num procedimento de contratação pública “é meramente fáctica e tem por finalidade, senão exclusiva pelo menos predominante, a potenciação de vantagens competitivas do conjunto por forma a multiplicar as possibilidades de êxito no concurso”². Com efeito, a associação de vários membros num agrupamento justifica-se mormente por motivos práticos, pelo que se caracteriza pelo seu cariz catalisador visto que, da associação de meios económicos e técnicos resulta, geralmente, uma proposta ou candidatura mais forte, estimuladora da concorrência e capaz de satisfazer o interesse público subjacente aquele procedimento pré-contratual específico.

Não obstante a liberdade de associação, conforme explica Marco Caldeira, “a verdade é que não se trata de uma opção inócua sob o ponto de vista jurídico”³ porquanto daí decorrem consequências, procedimentais e processuais que não devem ser desconsideradas ou menosprezadas.

Desde o regime de responsabilidade solidária imposto aos membros do agrupamento pela manutenção da proposta apresentada à exigência legal de litisconsórcio necessário ativo no contencioso contratual, passando pela comunicabilidade dos impedimentos de um dos membros ao restante agrupamento, são vários os aspetos a ponderar quando um candidato ou concorrente

¹ Conforme dispõe o n.º1 do artigo 54.º do CCP

² Acórdão do STA (Costa Reis), proferido em 17 de Abril de 2002, no âmbito do processo n.º 0191/02. No mesmo sentido, o acórdão do STA, proferido pelo mesmo relator, em 18 de Junho de 2003, no âmbito do processo n.º 0911/03, segundo o qual “A associação de empresas tendo em vista a apresentação de uma proposta conjunta a um concurso é de natureza prática e objetiva, na medida em que a finalidade, senão exclusiva pelo menos predominante, que a mesma visa alcançar é a de potenciar as vantagens competitivas de cada uma por forma a multiplicar as suas possibilidades de êxito. Essa associação, que não termina com a individualidade de cada uma das associadas, visa, assim, fundamentalmente, a aglutinação de meios e capacidades de cada uma delas” ambos disponíveis em www.dgsi.pt

³ Caldeira, Marco, *Um por todos... ” ou “Juntos até que a morte os separe”?* – *Agrupamentos e litisconsórcio no contencioso pré-contratual*, publicado no Caderno de Justiça Administrativa n.º 107, Set/Out, 2014, página 8

se pretende associar. Sem prejuízo do que se afirmou, não se deverá olvidar também que esta figura é suscetível de falsear as regras da concorrência porquanto facilita ou potencia a troca de informações, os acordos horizontais e práticas anticoncorrenciais.

A necessidade da sua regulamentação, decorrente da exigência por parte dos interessados na contratação pública e da pressão na transposição das diretivas europeias, levou à sua previsão no artigo 54.º do CCP, contudo multiplicam-se referências ao longo do diploma legal.

1.1 - Distinção dos Agrupamentos de outras figuras afins

Após uma primeira aproximação à noção de agrupamentos de candidatos ou concorrentes e as suas implicações procedimentais e processuais, cabe-nos distinguir esta figura de outras que lhe são próximas.

Em primeiro lugar, o agrupamento previsto no artigo 54.º do CCP diferencia-se das **empresas em relação de grupo**. Conforme explica Paulo Olavo Cunha, a noção de sociedades coligadas compreende a junção de “duas ou mais sociedades que estejam sujeitas a uma influência comum, porque uma participar na outra, ou nas demais ou porque todas se subordinam à orientação de uma delas ou de uma terceira entidade (...) que as controla”⁴, que se subdivide na sociedade de simples participação, de participação recíprocas de domínio e de grupo, nos termos do artigo 482.º do CSC⁵ e seguintes. As sociedades em relação de grupo caracterizam-se, “em sentido amplo, (...) por qualquer modalidade mais ou menos estruturada e formalizada de colaboração entre sociedades para a realização de uma finalidade comum”⁶. De acordo com o preceituado no CSC, “o grupo caracteriza-se por uma ligação jurídica vertical (de domínio ou de simples participação), uma relação horizontal direta (de participação recíprocas) ou, ainda, por uma ligação específica (relação de subordinação)”⁷. Para a compreensão e densificação do conceito de grupo de sociedades, não se deve olvidar que a ligação anteriormente referida implica uma relação em sentido jurídico, que ultrapassa o sentido económico. Acresce que, as sociedades coligadas distinguem-se ainda das Sociedades Gestoras de Participações Sociais (denominadas por SGPS), previsto no Decreto-lei n.º 495/88, de 30 de Dezembro, orientadas para a gestão de forma indireta de participações noutras sociedades.

⁴ Cunha, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, Edição Almedina, 3.ª Edição, 2007, página 781

⁵ Artigo 489.º e 490.º do Decreto-lei n.º 262/86, de 02 de Setembro, última alteração Decreto-lei n.º 148/2015, de 09 de Setembro.

⁶ Cunha, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, página 782

⁷ Cunha, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, página 782

A admissibilidade de participação conjunta de empresas que compõem um Grupo de Sociedades, mediante a associação num só agrupamento, não suscita qualquer dificuldade pelo que o seu tratamento legal é semelhante ao previsto no artigo 54.º do CCP. Todavia, a participação individual de duas ou mais empresas, intimamente ligadas por “relações de afinidade empresarial, relações de domínio ou de grupo”⁸, no mesmo procedimento pré-concursal, é suscetível de ocultar a existência de acordos de práticas anticoncorrenciais⁹ ou de permitir o conhecimento do conteúdo das candidaturas ou propostas numa fase em que deveriam ser secretas. Nas palavras de Rodrigo Esteves de Oliveira, a admissão da participação de empresas com “um centro de interesses (mais ou menos) comum”¹⁰ poderá ser “fator da sua exclusão”¹¹ no procedimento pré-contratual.

Pelo exposto, o enquadramento legal e jurisprudencial da participação de empresas em relação de grupo diverge do tema da presente dissertação porquanto a previsão do artigo 54.º do CCP reserva-se somente à associação momentânea de pessoas singulares ou coletivas com vista à apresentação de uma candidatura ou proposta.

Situação diversa da anterior, prende-se com a apresentação de propostas, por parte de duas ou mais sociedades em relação de domínio, quando se encontram simultaneamente integradas num agrupamento e outra isolada ou também agrupadamente. Conforme se verificará no Capítulo II da Parte II da presente dissertação, esta hipótese poderá se enquadrar na previsão do n.º 2 do artigo 54.º do CCP.

Por outro lado, o agrupamento de candidatos ou concorrentes distingue-se do recurso ou aproveitamento da **capacidade de terceiros** para a execução do contrato administrativo. Não obstante a adjudicação do contrato a um candidato ou concorrente ter apenas por base, na generalidade dos casos, as características de capacidade técnica e financeira dos sujeitos intervenientes no procedimento pré-contratual, poderão existir importantes exceções ao regime legal.

⁸ Rodrigo Esteves de Oliveira, em *Empresas em Relação de Grupo e Contratação Pública*, publicado pela Revista de Contratos Públicos, Edição CEDIPRE, n.º 2, 2011, página 93

⁹ A título de exemplo, consultar o Acórdão do STA (Adérito da Conceição Salvador dos Santos) de 31 de Março de 2011, no âmbito do processo n.º 17/11, “A existência de uma relação de domínio ou de grupo em que se encontrem determinadas empresas, não obsta, por si só, a que estas participem, simultaneamente, num mesmo procedimento adjudicatório, com propostas autónomas e distintas”, a que acresce, “só perante as circunstâncias concretas da atuação dessas empresas no procedimento concursal e da análise das propostas por elas apresentadas se deverá avaliar se foi falseada a concorrência, não podendo fundar-se o juízo neste sentido em mera presunção, decorrente daquela antecedente e originária relação de domínio”, disponível em www.dgsi.pt

¹⁰ A questão também foi abordada no ordenamento jurídico espanhol, também por via da salvaguarda do princípio da concorrência.

¹¹ Rodrigo Esteves de Oliveira, em *Empresas em Relação de Grupo e Contratação Pública*, página 93

Com efeito, o legislador português, ao transpor para o ordenamento jurídico português o disposto no n.º 3 do artigo 48.º da Diretiva 2004/18/CE, admitiu que a candidatura ou proposta apresentada individual ou agrupadamente fosse reforçada por entidades externas, mediante a subcontratação ou outro mecanismo legal, de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 168.º e n.º 2 do artigo 179.º do CCP. Para tal, é legalmente exigível uma declaração formalizada, através da qual o terceiro se compromete a executar as prestações decorrentes do contrato. Ao recorrer à capacidade de outras entidades, singulares ou coletivas, para acrescentar capacidade técnica ou financeira ao candidato ou concorrente, estes incrementam as suas candidaturas ou propostas, potenciando a probabilidade de adjudicação. A solução legal ora em análise decorre, nas palavras de Ana Martins Gouveia, da “linha jurisprudencial inaugurada com o acórdão *Ballast Nedam* e mantida no acórdão *Holst Itália* e o acórdão *Siemens*”¹². Com efeito, segundo a posição jurisprudencial europeia, reserva-se aos operadores privados a possibilidade de recorrer e “mobilizar recursos de outras entidades, independentemente do vínculo jurídico que justifica essa capacidade de mobilização de recursos”, o que não depende da posição dominante da empresa concorrente. Excecionalmente, conforme entendimento jurisprudencial constante no acórdão *Siemens*, o recurso à figura da subcontratação poderá ser vedado nos casos de “subcontratação de partes essenciais do contrato”¹³ em que “a entidade adjudicante não pôde verificar as capacidades técnicas e económicas dos subcontratados no momento do exame das propostas e da seleção do proponente que apresentou a proposta mais vantajosa”¹⁴.

Do confronto entre as duas figuras, conclui-se que, muito embora os terceiros constituam intervenientes essenciais para a adjudicação e consequente execução do contrato administrativo, não lhe subjaz as limitações procedimentais ou processuais¹⁵ que têm lugar na figura dos Agrupamentos previstos no artigo 54.º do CCP.

¹² Gouveia, Ana Martins, *Concurso limitado por prévia qualificação*, in Estudos de Contratação Pública – Vol. I, 1.ª Edição, Coimbra Editora, página 269

¹³ Acórdão *Siemens AG Österreich e Arge Telekom & Partner contra Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger e Bietergemeinschaft EDS/ORGA*, processo C-314/01, de 18 de Março de 2004, disponível em eur-lex.europa.eu

¹⁴ Acórdão *Siemens AG Österreich e Arge Telekom* processo C-314/01, de 18 de Março de 2004

¹⁵ Nomeadamente, no que se refere à exigência de litisconsórcio necessário ativo, que de acordo com a jurisprudência maioritária é condição *sine qua non* para a proposição de ação de impugnação judicial.

1.2 - Evolução histórica da figura do Agrupamento de Candidatos ou Concorrentes

A introdução da figura do agrupamento de candidatos ou concorrentes na legislação nacional deu-se com a entrada em vigor dos artigos 57.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 02 de Março¹⁶ e 32.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08 de Junho¹⁷, que regulavam as obras públicas, o regime de despesas e de contratação pública, respetivamente, consequência da transposição da diretiva comunitária n.º 93/37/CE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993¹⁸ e n.º 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro, respetivamente. Contudo, apenas a primeira diretiva previa a figura dos agrupamentos de concorrentes, ainda que de forma lacónica e superficial, da seguinte forma: “Os agrupamentos de empreiteiros são autorizados a apresentar propostas. Não se pode exigir que esses agrupamentos adotem uma forma jurídica determinada para efeitos de apresentação da proposta, mas o agrupamento selecionado pode ser obrigado a adotar essa forma quando a empreitada lhe for atribuída.”

O legislador português cedo se apercebeu das vantagens que podiam decorrer da sinergia entre potências candidatos ou concorrentes num procedimento de contratação pública. Por altura da entrada em vigor da legislação nacional referida, o país encontrava-se sedento de investimento económico em obras públicas, nomeadamente com a construção de infraestruturas e autoestradas. Todavia, a dimensão e o volume das construções era de tal modo elevado que parte das empresas concorrentes não se encontravam suficientemente organizadas para preencher a totalidade dos requisitos de capacidade técnica e financeira previstos pelas entidades adjudicantes. Portanto, o agrupamento de concorrentes foi apontado como a solução

¹⁶ O Artigo 57.º do Decreto-Lei n.º 59/99, posteriormente revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, previa o *Agrupamento de Empreiteiros*, da seguinte forma: “1 - Os agrupamentos de empresas podem apresentar propostas sem que entre elas exista qualquer modalidade jurídica de associação, desde que todas as empresas do agrupamento satisfaçam as disposições legais relativas ao exercício da atividade de empreiteiro de obras públicas. 2 - A constituição jurídica dos agrupamentos não é exigida na apresentação da proposta, mas as empresas agrupadas serão responsáveis solidariamente perante o dono da obra pela manutenção da sua proposta, com as legais consequências. 3 - No caso de adjudicação, as empresas do agrupamento associar-se-ão obrigatoriamente, antes da celebração do contrato, na modalidade jurídica prevista no caderno de encargos.”

¹⁷ Por sua vez, o Artigo 32.º do regime jurídico de realização de despesas públicas e contratação pública previa a figura dos agrupamentos de concorrentes ligeiramente mais exigente que o Decreto-lei suprarreferido, porquanto disponha “1 - É permitida a apresentação de propostas ou candidaturas por um agrupamento de concorrentes, o qual deve assumir a forma jurídica exigida, quando lhe for adjudicado o contrato e aquela forma seja necessária à boa execução do mesmo. 2 - Cada uma das entidades que compõe o agrupamento deve apresentar os documentos que são exigidos para acompanhar as propostas ou candidaturas. 3 - As entidades que compõem o agrupamento podem, a qualquer momento, designar um representante comum para praticar todos os atos no âmbito do respetivo procedimento, incluindo a assinatura da candidatura ou proposta, devendo, para o efeito, entregar instrumentos de mandato, emitidos por cada uma das entidades. 4 - Não existindo representante comum, as propostas e candidaturas devem ser assinadas por todas as entidades que compõem o agrupamento ou seus representantes.”

¹⁸ A Diretiva n.º 93/37/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação de processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, posteriormente alterada pela Diretiva n.º 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro.

mais viável para concorrer aos procedimentos de contratação pública. Daí decorriam vantagens não só para os membros do agrupamento, que pela apresentação da melhor proposta asseguravam a adjudicação do concurso e reduziam custos, como também para as entidades adjudicantes que viam crescer as hipóteses “de conseguirem contratos mais favoráveis, prestações melhores e mais baratas”¹⁹.

O interesse na figura por parte das empresas manteve-se ao longo dos anos embora o seu regime represente sérios riscos para os membros que o compõem, seja numa fase procedimental, seja numa fase processual.

Todavia, o desenvolvimento da contratação pública portuguesa a que assistimos nas últimas décadas não deve ser perspectivado de forma isolada. Pelo contrário, a influência do direito comunitário²⁰ na contratação pública provocou profundas alterações nesta área. Conforme explica Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, “o direito comunitário dos contratos públicos (...) é mais um bom exemplo da *europeização do direito administrativo* ”²¹ mediante a “penetração do direito da União Europeia no direito administrativo interno dos Estados-Membros e da conformação deste por aquele”²².

Com efeito, a perceção da dimensão da contratação pública na União Europeia, que chega a atingir 20 % do seu PIB, fez elevar este sector a um dos “principais pilares da construção económica da UE”²³ pelo que facilmente se compreende o interesse em regulá-lo. A preocupação em conceber um regime jurídico semelhante em todos os Estados-Membros ficou igualmente a dever-se à desconfiança que permanece neste sector, seja em relação a possíveis distorções de mercado, seja em relação à falta de racionalidade económica ou ainda ao possível favorecimento de empresas nacionais.

Como tal, o mercado da contratação pública foi construído com respeito pelos princípios fundamentais da UE, nomeadamente pelo princípio da concorrência, da igualdade, da transparência e da não discriminação, mediante a previsão de normas capazes de os proteger e de impulsionar o seu respeito.

¹⁹ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Edição Almedina, 2016, página 540

²⁰ Conforme refere o Professor Dr. Freitas do Amaral, o Direito da Contratação Pública sofreu influências quer do Direito Comunitário derivado quer do Direito Comunitário original, “posto que é aí que se busca a génese da União Europeia e da norma imputável às instâncias comunitárias”, em *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Edição Almedina, 2009, página 566

²¹ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 50

²² Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 50

²³ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 17

Para a prossecução dos princípios europeus e das liberdades comunitárias, no que se refere ao sector da contratação pública, foi fundamental a elaboração de diretivas comunitárias suficientemente abrangentes de modo a consolidar todo o regime jurídico. Com efeito, a primeira diretiva a prever um regime jurídico orientado para a harmonização da empreitada de obras públicas, n.º 71/305/CEE, do Conselho, de 26 de Julho de 1971 e que previa desde logo a figura dos agrupamentos de concorrentes, no artigo 26.^{o24}.

No que se refere especificamente aos agrupamentos, a preocupação do legislador comunitário recaía sobretudo no preenchimento do requisito da forma jurídica no procedimento de contratação pública. Todavia, a diretiva comunitária delineou uma exceção à regra da forma jurídica, de modo a que as entidades adjudicantes não transformassem o requisito geral num óbice a concorrentes agrupados.

Até à diretiva n.º 2004/17/CE²⁵ e n.º 2004/18/CE²⁶, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 e a diretiva n.º 2009/81/CE²⁷ do Parlamento e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, não existiram alterações de relevo na forma com que o legislador comunitário perspectivava a figura. Na verdade, a legislação portuguesa à data assumia-se como mais exigente porquanto incluía não só o regime de responsabilidade entre os membros do agrupamento perante a Entidade Adjudicante como também previa certas exigências procedimentais. Não obstante a maior exigência no contexto nacional, inúmeras questões surgiram na prática diária das entidades adjudicantes, das empresas concorrentes e dos Tribunais. Pelo que, com a entrada em vigor do CCP, o legislador optou por uma previsão da figura do agrupamento de candidatos e concorrentes mais completa e coesa. No mesmo sentido,

²⁴ De forma muito semelhante ao texto legal da legislação nacional aplicável à época: “Os agrupamentos de empreiteiros são autorizados a concorrer. A adoção por tais grupos de uma determinada forma jurídica não pode ser exigida para a apresentação da proposta, mas o agrupamento admitido pode ser obrigado a adotar essa forma no caso da empreitada lhe haver sido adjudicada.”

²⁵ Previsto no n.º 7 do artigo 1.º e n.º 12 do artigo 11.º da denominada Diretiva dos Sectores Especiais, que estabelece o regime de coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, posteriormente alterada pelo Regulamento CE n.º 1177/2009, de 30 de Novembro e revogada pela Diretiva n.º 2014/25/UE do Parlamento e do Conselho, de 26 de Fevereiro.

²⁶ Previsto no n.º 2 do artigo 4.º da denominada por Diretiva Clássica, prevê o regime jurídico relativo à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, alterada pelo Regulamento CE n.º 1177/2009, de 30 de Novembro e revogada pela Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento e do Conselho, de 26 de Fevereiro.

²⁷ A diretiva 2009/81/CE, estabelece o regime a aplicar nos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, de fornecimento de bens e de prestação de serviços relativos a equipamentos militares e a equipamentos sensíveis, aplicável apenas às autoridades e entidades especificamente previstas. Pela sua especificidade, altera as Diretivas anteriores.

as diretivas n.º 2014/23/UE²⁸, n.º 2014/24/UE²⁹ e n.º 2014/25/UE³⁰, de 26 de Fevereiro de 2014, preveem um regime mais exigente. O legislador comunitário sublinhou a relevância jurídica da equiparação entre tratamento do agrupamento e dos candidatos ou concorrentes singulares, de onde se retira a excecionalidade na imposição aos primeiros de requisitos subjetivos específicos, nomeadamente de capacidade técnica e financeira, e de requisitos objetivos específicos. Portanto, de acordo com as novas disposições europeias resultam a previsão de um regime mais exigente para os agrupamentos pelo que qualquer exceção deverá ser submetido ao crivo do princípio da proporcionalidade e justificar-se somente por motivos objetivos.

²⁸ Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão, perspectivados como “um importante instrumento no desenvolvimento estrutural a longo prazo dos serviços infraestruturais e estratégicos, contribuindo para o progresso da concorrência no mercado interno, tornando possível beneficiar do conhecimento especializado do setor privado e ajudando a alcançar eficiência e a gerar inovação”, conforme considerando n.º3.

²⁹ Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva n.º 2004/18/CE.

³⁰ Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva n.º 2004/17/CE.

2 - O REGIME JURÍDICO NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

O Código de Contratos Públicos admite a participação no procedimento de contratação pública de pessoas singulares ou coletivas, de forma individual ou conjunta. Mediante a forma de participação dos sujeitos³¹ no procedimento de contratação pública, a entidade adjudicante exigirá o cumprimento de requisitos gerais e específicos, com implicações a nível procedimental e processual.

Dispõe o n.º 1 do artigo 54.º do CCP que “podem ser candidatos ou concorrentes agrupamentos de pessoas singulares ou coletivas, qualquer que seja a atividade por elas exercida, sem que entre as mesmas exista qualquer modalidade jurídica de associação”. O cariz associativo possibilita, seja no âmbito dos concursos de “maior dimensão”³² ou “de prestações diversificadas, que as pessoas ou as empresas que aí pretendam aceder se apresentem agrupadamente, associando-se com vista à apresentação de candidaturas e propostas que cada uma delas, por si só, não conseguiria organizar”³³, incrementando dessa forma a concorrência sã no mercado público.

Pese embora a admissibilidade *ab initio* da figura do agrupamento no procedimento de contratação pública ou numa fase de qualificação, a associação dos seus membros obedece ao preenchimento de diversos requisitos subjetivos e objetivos específicos que perfilam a par dos requisitos gerais de admissibilidade das candidaturas ou propostas individuais.

Com efeito, quer as diretivas comunitárias, quer a legislação nacional, preveem normas específicas que visam salvaguardar o interesse público subjacente ao procedimento de formação do contrato público e garantir que, na eventualidade de a proposta agrupada ser qualificada em primeiro lugar, o contrato seja pontualmente cumprido com respeito pelas cláusulas contratadas. Na verdade, a perceção de que um agrupamento de pessoas singulares ou coletivas

³¹ Nas palavras de Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, são *sujeitos* num procedimento de contratação pública, os “titulares das posições jurídicas procedimentais em que assenta carateristicamente a relação jurídica adjudicatória ou pré-contratual e que são, de um lado, a entidade adjudicante e os agrupamentos de entidades adjudicantes ou os órgãos que atuam em nome de ambos, como o órgão adjudicante e o júri, e, do outro, as pessoas individuais ou coletivas que se apresentam a concorrer ou a candidatar-se isolada ou agrupadamente (e, posteriormente, neste último caso, também a pessoa coletiva ou associação em que as empresas agrupadas se constituem para efeitos contratuais)”. Como tal, a classificação de sujeito do procedimento é mais estrita do que a de *interveniente* no procedimento, considerando-se aqui também “as pessoas, órgãos e serviços que têm no procedimento um qualquer papel instrumental, mas que (...) não participam (na) nem aspiram como tais à adjudicação e ao contrato subsequente” em Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 384.

³² Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 540

³³ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 540

transmite maior seriedade, firmeza e certeza³⁴ à sua candidatura ou proposta porquanto é fruto de uma sinergia, de um esforço comum para “vencer” os restantes opositores, poderá incorrer numa falácia. Com efeito, esta figura é suscetível de imprimir um fator de instabilidade no procedimento o que justifica, parcialmente, a rigidez da legislação aplicável.

O legislador nacional, na esteira do legislador comunitário, previu a figura do agrupamento na generalidade dos procedimentos pré-contratuais. Pelo que, aos candidatos e concorrentes abre-se a possibilidade de se associarem, formal ou informalmente, nos concursos públicos, normais e urgentes, no concurso limitado, no procedimento de negociação, no diálogo concorrencial e, por fim, no ajuste direto.

Especificamente, no que se refere ao concurso limitado, a sua natureza poderá até potenciar tal associação porquanto impõe a participação de “pessoas ou empresas que normalmente já estejam no mercado ou que tenham uma dimensão apreciável, dificultando ou impossibilitando as empresas novas ou de menor dimensão de se pré-qualificarem e apresentarem propostas de contrato”³⁵. A imposição de óbices à participação de novos interessados obriga tais empresas a agregar esforços com outras, com o propósito de apresentação de propostas fortes, beneficiando a concorrência e o interesse público.

Ao contrário do defendido pela doutrina e jurisprudência nacional até à entrada em vigor do CCP³⁶, o regime legal atualmente em vigor previu a associação formal ou informal no procedimento de ajuste direto. Pese embora a sua inclusão dever-se, manifestamente, à previsão nas diretivas comunitárias, cumpre referir que o legislador nacional estabeleceu importantes limitações ao regime, como decorre do preceituado no artigo 117.º do CCP. Concretamente, a associação de membros do agrupamento depende do convite, por parte da entidade adjudicante, a pelo menos um membro. Todavia “a extensão do convite”³⁷ para apresentação de proposta por um agrupamento encontra-se excluída nos procedimentos de formação de contratos de empreita de obras públicas nos termos da alínea a), do artigo 19.º, de formação dos contratos

³⁴ Segundo Marcello Caetano, a proposta apresentada por cada concorrente deve respeitar os três princípios básicos, ser *séria*, porquanto é elaborada “com o propósito de serem mantidas e cumpridas”, ser *firme* visto que são feitas “sem cláusulas restritivas, resolutivas ou excecionais” e ser *certa*, porque “definem precisa e concretamente os respetivos atributos (termos e condições), o que se oferece e pretende, sem alternativas ou declarações vagas ou indeterminadas”, em Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 577-578

³⁵ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 724

³⁶ Conforme pugnavam os Juizes Conselheiros no Acórdão do S.T.A. de 01 de Junho de 1994.

³⁷ Brito, Miguel Nogueira de, *Ajuste direto*, em Estudos de Contratação Pública – Vol. II Coimbra Editora, página 329

de locação, aquisição de bens móveis e serviços, nos termos da alínea a), do n.º 1 do artigo 20.º, nos casos previstos pela alínea a), do n.º 1 do artigo 21.º do CCP e, por fim, no acordo quadro.

Não se deve olvidar que, tal como Jorge Andrade da Silva expõe, a mudança legislativa operada “constitui uma abertura portadora de graves riscos, pois o agrupamento pode incluir pessoas singulares ou coletivas a quem, pelo conhecimento que a sua idoneidade ou da falta dela, a entidade adjudicante jamais enviaria convite e cuja participação e eventual adjudicação, assim, terá que admitir”³⁸. Porventura, poderíamos sublinhar que a consciência deste perigo terá conduzido ao amplo regime excecional previsto no n.º 2 do artigo 117.º do CCP, todavia, na opinião de Miguel Nogueira de Brito, somente a proibição constante na alínea b) é suscetível de justificação óbvia porquanto não se vislumbraria qualquer possibilidade de “extensão do convite para além do círculo de entidades que são parte no acordo quadro”³⁹. Acresce que, a forma como a figura surge enquadrada no artigo permite levantar várias questões que poderiam e deveriam ter sido esclarecidas pelo legislador. Com efeito, o legislador não clarifica qual a natureza e dimensão que o membro do agrupamento convidado deverá assumir comparativamente a outros membros o que poderá conduzir a situações limite, em que operador económico convidado desempenhe uma função, tal como Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira defendem, meramente “simbólica”.⁴⁰

No âmbito dos instrumentos procedimentais especiais⁴¹ e nos acordos quadro⁴², previsto no título IV e V do livro II do CCP, a admissão da figura do agrupamento de candidatos ou concorrentes levantou certas dúvidas na doutrina nacional.

³⁸ Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, Edição Almedina, 3.ª Edição, página 413

³⁹ Brito, Miguel Nogueira de, *Ajuste direto*, em Estudos de Contratação Pública (...) página 329

⁴⁰ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 554

⁴¹ O Código dos Contratos Públicos prevê como procedimentos contratuais especiais os seguintes instrumentos:

1. O concurso de conceção permite, nos termos do n.º 1 artigo 219.º do CCP, “a seleção de um ou mais trabalhos de conceção, ao nível de programa base ou similar, designadamente nos domínios artísticos, do ordenamento do território, do planeamento urbanístico, da arquitetura, da engenharia ou do processamento de dados.”

2. Os sistemas de aquisição dinâmicos, nos termos do n.º 1 do artigo 237.º do CCP, encontram-se previstos para os contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente, mediante a utilização de um sistema totalmente eletrónico.

3. A escolha pelo sistema de qualificação, previstos no artigo 245.º e seguintes do CCP, restringe-se aos casos em que o “contratos a celebrar diga direta e principalmente respeito a uma ou a várias das atividades exercidas nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais pelas entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do artigo 7.º, estas podem instituir sistemas de qualificação de interessados em participar em concursos limitados por prévia qualificação ou em procedimentos de negociação para a formação de contratos de empreitada de obras públicas, de contratos de locação ou de aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços”.

⁴² Conforme explica Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, os acordos-quadro foram previstos para situações de “contratação de massa ou com relevantes segmentos de “standardização”. Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 40. Por sua vez, a lei prevê o instrumento e o seu regime no artigo 251.º e seguintes do CCP, definindo-o como “o contrato celebrado entre uma ou várias entidades

Desde logo, os instrumentos procedimentais especiais, ao contrário dos procedimentos pré-contratuais anteriormente referidos, são orientados para a “prática de um ato administrativo de objeto variado”⁴³ e não para um ato de adjudicação. Embora ambos constituam procedimentos administrativos, ou seja, compreendam uma “sucessão ordenada de atos e formalidades” nos termos do n.º 1 do artigo 1.º do CPA⁴⁴, “impostos e regulados por normas de direito público”⁴⁵, os instrumentos procedimentais especiais antecedem o procedimento de contratação. Mediante a sua utilização, a entidade adjudicante delimita uma bolsa de candidatos ou concorrentes que posteriormente participarão num procedimento contratual mais célere e menos complexo. Com efeito, a escolha destes instrumentos permite à entidade adjudicante adjudicar um determinado contrato mais rapidamente e mediante um procedimento simplificado porquanto garantiu, a montante, o respeito por um procedimento concorrencial. Neste caso, os concorrentes ou candidatos apresentaram as suas propostas e “satisfizeram algumas exigências ou aspetos que, de outro modo, teriam que realizar-se na totalidade durante ou através do próprio procedimento de contratação”⁴⁶.

Pese embora, o regime legal previsto no livro II do Código dos Contratos Públicos não contemple um artigo que diretamente preveja o instituto do agrupamento, ao contrário do que acontece nos procedimentos pré-contratuais, daí não decorre, diretamente, a sua exclusão. Conforme Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira defendem, no caso dos sistemas de aquisição dinâmicos e nos sistemas de qualificação, pensados para a apresentação de candidaturas nos procedimentos de concurso limitado ou procedimentos semelhantes, deverá ser aplicado, analogicamente, o regime previsto para este procedimento pré-concursal. Por outro lado, no que se refere aos acordos quadro, o legislador optou por remeter para o regime jurídico previsto no capítulo II a XII do Título II e III da Parte II do Código, pelo que dúvidas não restam de que se deverá aplicar este regime.

Diferentemente, os mesmos Autores sublinham que o legislador parece ter enveredado por um caminho distinto no que se refere ao concurso de conceção. Desde logo, com base na interpretação literal, determina no n.º 4 do artigo 220.º do CCP que não deverão ser aplicadas as disposições anteriores do código, incluindo necessariamente o artigo 54.º do mesmo diploma.

adjudicantes e uma ou mais entidades, com vista a disciplinar relações contratuais futuras a estabelecer ao longo de um determinado período de tempo, mediante a fixação antecipada dos respetivos termos”.

⁴³ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 36

⁴⁴ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro

⁴⁵ Raimundo, Miguel Assis, *A Formação dos Contratos Públicos*, 1.ª Edição, Lisboa, Edição A.A.F.D.L., 2013, página 184

⁴⁶ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 35

Acresce que, o próprio regime aplicável prevê o agrupamento de entidades adjudicantes, nunca se referindo ao agrupamento de candidatos ou concorrentes. Com efeito, a interpretação literal e sistemática levaria a crer que o legislador pretendeu afastar a possibilidade de associação dos candidatos ou concorrentes. Todavia, a opção legislativa não parece ter fundamento viável porquanto o procedimento não sairia prejudicado com a previsão do agrupamento, muito pelo contrário. Na verdade, também aqui a entidade adjudicante poderia beneficiar de uma proposta mais forte e consolidada pelo que entendemos, na esteira do defendido por Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, que se deverá conceber a figura dos agrupamentos no procedimento especial de concurso de conceção, mediante a invocação do efeito direto do n.º 2 do artigo 26.º da diretiva n.º 2014/23/EU.

2.1 - Requisitos gerais e específicos aplicáveis aos agrupamentos de candidatos

É candidato aquele que, nos termos do artigo 52.º do Código dos Contratos Públicos, participa num procedimento pré-contratual “mediante a apresentação de uma candidatura”, o que só ocorrerá nos procedimentos de concurso limitado por prévia qualificação, nos procedimentos de negociação, nos diálogos concorrenciais e nos sistemas de qualificação. Ao contrário dos concorrentes, os candidatos participam na fase de qualificação com o objetivo de serem convidados a apresentar a sua proposta e dessa forma participarem ativamente na fase de apreciação e adjudicação do contrato⁴⁷.

A exigência de uma fase prévia num procedimento de formação do contrato justifica-se pela necessidade da entidade adjudicante averiguar “se os candidatos dispõem ou não dos requisitos de capacidade técnica e de capacidade financeira considerados necessários para poderem aspirar à adjudicação do contrato em causa”⁴⁸. Pelo que, à entidade adjudicante somente é permitido averiguar da capacidade técnica e financeira⁴⁹ dos candidatos, conforme dispõe o artigo 165.º do CCP. Desta forma, a entidade adjudicante não poderá extravasar para o âmbito dos impedimentos e habilitação, nos termos do artigo 55.º e 81.º do CCP, reservados

⁴⁷ Conforme resulta da leitura conjugada dos artigos 187.º, 188.º e 189.º do CCP.

⁴⁸ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 444

⁴⁹ Excecionalmente, nos termos do n.º 5 artigo 164.º do CCP, o programa de concurso limitado sem lugar à publicação no JOUE, também aplicável ao procedimento de negociação e ao diálogo concorrencial. Acresce que, nos termos do n.º 2 do artigo 220.º CCP, relativo ao concurso de conceção por concurso limitado, a capacidade será aferida mediante a aplicação do critério da capacidade técnica e não financeira do candidato.

para o momento posterior à adjudicação e apenas em relação ao adjudicatário, nos termos da alínea a), do n.º 2 do artigo 77.º do CCP.

Segundo o princípio do acréscimo ou da adição da capacidade aplicável aos agrupamentos, o preenchimento do requisito de capacidade técnica poderá ficar dependente de apenas um ou de alguns dos membros, nos termos da alínea a), do n.º 1 do artigo 182.º do CCP. Com efeito, prevê o artigo 171.º do CCP que os documentos destinados à qualificação podem ser apresentados por apenas um ou alguns dos seus membros, salvo se o programa do contrato dispuser de forma diversa. Por outro lado, este requisito pode ser preenchido por um membro do agrupamento e enquanto que o requisito de capacidade financeira pode ser preenchido por outro membro, como parece ter sido a opção do legislador nacional no Decreto-Lei n.º 59/99, de 02 de Março.

Diferentemente, a alínea b), do n.º 1 do artigo 182.º do CCP prevê o cumprimento dos requisitos de capacidade técnica e financeira por “alguns dos membros que o integram” podendo ser preenchido “conjuntamente, quando tal seja possível em função da natureza do requisito exigido”. Nessa medida, a hipótese legal, pensada sobretudo para o requisito de capacidade técnica, permite que a soma das “qualidades ou características”⁵⁰ dos vários membros seja suficiente “para dar como preenchido conjuntamente um requisito que nenhum deles satisfazia individualmente”⁵¹. No entanto, é necessário que a natureza do requisito se coadune com o procedimento de contratação pública. Desde logo porque, nos casos em que o preenchimento do requisito mínimo de capacidade técnica se encontra dependente da experiência curricular dos candidatos, não poderão os membros do agrupamento “somar” experiências, conforme ilustra Ana Gouveia Martins.

Com efeito, a autora pugna pela distinção entre o requisito de experiência de construção e a experiência profissional, o *know how* dos membros do agrupamento candidato. Pelo que, no primeiro caso, nomeadamente num procedimento com vista à celebração do contrato de empreitada, é admissível que a experiência construtiva dependa somente de um dos membros do agrupamento ou da agregação de parte dos seus membros. Diferentemente, no segundo caso, nomeadamente, “na exigência de experiência profissional na advocacia na área do contencioso administrativo durante três anos”⁵², o aproveitamento de capacidade técnica é vedado

⁵⁰ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 458

⁵¹ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 458

⁵² Gouveia, Ana Martins, *Concurso limitado por prévia qualificação*, página 271

porquanto a sua “natureza do requisito (é suscetível de) apontar no sentido de a experiência profissional só ser relevante se vivida por uma única entidade”⁵³.

A orientação legislativa e jurisprudencial nacional difere e outros ordenamentos jurídicos próximos, nomeadamente o espanhol. Na verdade, a interpretação do regime previsto no artigo 59.º, sob a epígrafe *Uniones de empresarios*⁵⁴, no que se refere ao preenchimento dos requisitos de capacidade técnica e financeira por parte dos membros do agrupamento, sofreu uma drástica modificação. Em 16 de Julho de 1990, o acórdão do STS, defendeu que num procedimento de contratação pública bastava um dos membros do agrupamento preencher o requisito de capacidade exigidos pela Entidade Adjudicante, pelo que os restantes membros completavam a proposta noutras valências. Segundo o acórdão, a interpretação do requisito da capacidade não poderia ser tão rígido que prejudicasse a finalidade perseguida com o artigo, ou seja, “assegurar competência e responsabilidade profissional daqueles que frequentam o concurso para realizar.”⁵⁵

Posteriormente, em 27 de Fevereiro de 1996, o STS pronunciou-se em sentido oposto, orientação que se mantém até à atualidade. Considerando que o agrupamento de empresas não implica o nascimento de uma nova pessoa jurídica, mas tão só de uma agregação de membros que mantêm “para todos os efeitos, a sua própria e individual personalidade”⁵⁶, deve cada um dos seus membros reunir os requisitos de capacidade técnica e financeira.

Acresce que, de acordo com o n.º 1 do artigo em análise, poderá o programa de concurso afastar expressamente a aplicação deste artigo, obrigando dessa forma a que todos os membros

⁵³ Gouveia, Ana Martins, *Concurso limitado por prévia qualificação*, página 271

⁵⁴ Dispõe o artigo 59.º, Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor. 1- Los empresarios que estén interesados en formar las Uniones a las que se refiere el párrafo anterior podrán darse de alta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, que especificará esta circunstancia. 2 - Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa. 3- A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato. 4- La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción. 5- Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurren en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

⁵⁵ Aparicio, Emilio Jimenes, *Comentarios a la legislación de Contratación pública* – vol - I, 1.ª edição, Lex Nova, página 341

⁵⁶ Aparicio, Emilio Jimenes, *Comentarios a la legislación de Contratación pública* – vol - I, página 341

do agrupamento de candidatos preencham os requisitos de capacidade técnica e financeira, apresentando os documentos destinados à qualificação, nos termos da parte final do artigo 171.º do CCP, “sob pena de exclusão do candidato”⁵⁷.

No caso do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica se encontrar dependente do exercício de uma atividade regulamentada, como o caso da empreitada de obras públicas, todos os membros deverão prosseguir essa atividade, pelo que todos terão que apresentar um alvará emitido pelo InCI, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do CCP.

Porém, Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira entendem que a previsão do n.º 2 do artigo 182.º CCP, numa interpretação literal, cai num pleonismo porquanto nenhum membro de um agrupamento candidato, *máxime* os empreiteiros, poderá exercer a sua atividade desacompanhada dos elementos relativos ao exercício regulamentado de tal atividade. Pelo que defendem que o legislador “não (pretendeu) facilitar o acesso ao papel de líder de agrupamentos (e da posterior execução do contrato) de entidades que não estejam juridicamente licenciadas para o exercício da atividade em causa”⁵⁸. Nessa medida, entendem os Autores que no lugar da expressão “atividades regulamentadas”, o legislador deveria ter optado pela expressão “atividade de acesso condicionado”.

O princípio do acréscimo ou da adição de capacidade admite ainda que candidatos se associem com o propósito de cumprir o requisito de capacidade financeira, ou seja, a “aptidão estimada dos candidatos para mobilizar os meios financeiros previsivelmente necessários para o integral cumprimento das obrigações resultantes do contrato a celebrar”⁵⁹.

2.2 - Requisitos gerais e específicos aplicáveis aos agrupamentos de concorrentes

Como tivemos a oportunidade de abordar, no âmbito de um procedimento pré-contratual, o agrupamento de concorrentes deverá respeitar e preencher os requisitos subjetivos e objetivos especificadamente previstos a par dos requisitos gerais. Pelo que, relativamente aos requisitos de carácter subjetivo, assume importância relevante a manifestação e formalização da vontade e do compromisso associativo por parte dos membros do agrupamento. Acresce que, o legislador português não menosprezou a influência do princípio da concorrência no regime jurídico ora

⁵⁷ Tavares, Gonçalo Guerra e Dente, Nuno Monteiro, *Código dos Contratos Públicos* – Vol. I, Regime da Contratação Pública, 1.ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, S.A. Novembro, 2009, página 447

⁵⁸ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 459

⁵⁹ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 460

estudado pelo que instituiu a proibição da dupla participação. Por fim, no âmbito dos requisitos subjetivos específicos sempre se devera considerar o princípio geral de equiparação do agrupamento aos concorrentes isolados e a sua relação com a exigência de habilitação “agrupadas”⁶⁰.

Em primeiro lugar, para que se propicie a oportunidade de interessados no procedimento de contratação pública “unirem esforços” para a apresentação de uma candidatura ou proposta, nos termos do n.º 1 e n.º 4 do artigo 54.º do CCP, têm necessariamente de proceder à manifestação da vontade e do compromisso associativos⁶¹ posteriormente concretizada pela adoção de uma modalidade jurídica de associação, se o procedimento lhe for adjudicado. Por conseguinte, no momento da apresentação de candidatura ou proposta por parte de agrupamentos de pessoas singulares ou coletivas não é exigível a associação numa das modalidades jurídicas previstas. Pelo que, a associação dos membros do agrupamento é meramente informal e manifesta-se na declaração conjunta a que alude o n.º 5 do artigo 57.º do CCP⁶².

Esta associação implica que a proposta apresentada seja perspectivada de forma unitária e como tal, o agrupamento é considerado como um único candidato ou concorrente. Contudo, até ao momento da associação, “os membros são pessoal e solidariamente responsáveis pelas obrigações que assumem”⁶³ perante a entidade adjudicante. Paradoxalmente, os requisitos constantes no caderno de encargos podem, por vontade da entidade adjudicante, ter de ser preenchidos pela totalidade dos membros da associação, ao contrário do que resultaria numa primeira aproximação à lei.

O compromisso associativo decorre do disposto no n.º 4 do artigo 54.º do CCP, que determina que “em caso de adjudicação, todos os membros do agrupamento concorrente, e apenas este, devem associar-se antes da celebração do contrato na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento”. Com efeito, somente no momento da adjudicação, o agrupamento transmutar-se-á numa das modalidades jurídicas previstas no programa de procedimento. Decorrente do seu cariz informal, recaí sobre todos os membros a obrigação de se associarem, “ao contrário do que sucederia, no caso de uma associação juridicamente

⁶⁰ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 552

⁶¹ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 543

⁶² Segundo o texto legal, “Quando a proposta seja apresentada por um agrupamento concorrente, a declaração referida na alínea a) do n.º 1 deve ser assinada pelo representante comum dos membros que o integram, caso em que devem ser juntos à declaração os instrumentos de mandato emitidos por cada um dos seus membros ou, não existindo representante comum, deve ser assinada por todos os seus membros ou respetivos representantes.”

⁶³ Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, página 214

formalizada, em que só ela (não quem a constituiu) estaria pré-contratualmente comprometida”.⁶⁴

Contudo, nada impede que as empresas agrupadas, no momento da apresentação no procedimento, se constituam numa das modalidades jurídicas para tal previstas. No entanto, não é comum, pelo menos no nosso ordenamento jurídico, porquanto essa constituição compreende custos e encargos potencialmente interpretados como injustificados se o concurso não lhes for adjudicado. Não obstante, conforme se verificará na Parte II da presente dissertação, a associação formal na fase de formação do contrato poderá representar uma diminuição do risco da perda de interesse do contrato, mormente, nos casos em que haverá lugar a interposição de ação de impugnação de decisão final de adjudicação.

O incumprimento do dever de associação, nos termos do n.º 4 do artigo 54.º CCP, implica a caducidade da adjudicação ou da qualificação, nos termos do n.º 1 do artigo 105.º do CCP, segundo o qual “a adjudicação caduca se, por facto que lhe seja imputável, o adjudicatário não comparecer no dia, hora e local fixados para a outorga do contrato, bem como, no caso de o adjudicatário ser um agrupamento, se os seus membros não se tiverem associado nos termos previstos no n.º 4 do artigo 54º”.

A adoção de uma modalidade jurídica de associação não se encontra dependente de um regime jurídico específico pelo que, os membros de um agrupamento poderão escolher a modalidade da qual decorra o maior número de vantagens. Mormente, encontramos como formas de associação preferenciais, a sociedade anonima, o consórcio externo e os agrupamentos complementares de empresas. A constituição da sociedade anónima ocorre normalmente nos casos de contratos duradouros e tecnicamente mais exigentes enquanto que as duas últimas figuras são comuns em contratos menos relevantes.

Por fim, após a comprovação, por parte do adjudicatário, da formalização da associação dos membros do agrupamento, recaí sobre o adjudicante a obrigação de convocar o primeiro para a outorga do contrato, fixando o dia, hora e o local. Na generalidade dos casos, o contrato público é reduzido a escrito, conforme o preceituado no artigo 94.º do CCP, todavia, o conteúdo do contrato poderá não ser reduzido a escrito, o que não significa que é oralmente celebrado, mas tão só que inexistente um “documento autónomo onde fique lavrada a sua celebração e conteúdo”⁶⁵. Não obstante a falta de redução a escrito, a verificação e comprovação da formalização da associação dos membros do agrupamento deverá ocorrer “até ao termo do

⁶⁴ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 544

⁶⁵ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 1115

último prazo fixado na lei (art. 90.º/1), no programa do procedimento ou pelo próprio adjudicante [art. 77.º/1, alínea c)] para o cumprimento das formalidades da apresentação dos documentos de confirmação de compromissos de terceiros”⁶⁶.

Por sua vez, a participação num procedimento de contratação pública pelo agrupamento depende, desde logo, da verificação do requisito da personalidade jurídica⁶⁷, conforme decorre do 53.º do Código dos Contratos Públicos. Com efeito, este requisito verifica-se independentemente do concorrente ser uma pessoa singular ou coletiva na medida em que o princípio da proibição de discriminação impõe o acesso aos procedimento por todos os interessados. Relacionado com a personalidade jurídica encontra-se a capacidade de gozo de direitos e deveres que se coaduna com o impedimento previsto nas alínea b), c) e f) a i) do artigo 55.º e artigo 460.º CCP, que mais não é do que uma inabilitação. Já no que se refere à capacidade de exercício, as pessoas singulares e coletivas devem intervir no procedimento de contratação pública dotadas de capacidade de exercício de direitos, sendo certo que poderão ser representadas pelos representantes legais ou pelos órgãos estatutários, no caso das pessoas singulares e coletivas, de natureza civil e comercial.

De facto, a previsão do artigo 54.º do CCP, relativo à apresentação de propostas por parte de um agrupamento informal de pessoas singulares ou coletivas afigura-se como única exceção expressamente consagrada ao requisito da forma jurídica. Contudo, a exceção apenas opera num primeiro nível já que membros do agrupamento precisam de cumprir individualmente tal requisito. Acresce que, como resulta da leitura conjugada do n.º 1 e do n.º 4 do artigo 54.º do CCP, recaí sobre os membros do agrupamento a possibilidade de se associarem formalmente, numa pessoa jurídica diferente, no momento da apresentação da proposta, não esperando pela fase da adjudicação da sua proposta.

No entanto, se a montante o regime legal prevê a informalidade da associação, a jusante faz recair sobre os membros do agrupamento obrigações e efeitos específicos, salvaguardando o sucesso do procedimento pré-contratual e por consequência o respeito pelo interesse público subjacente. Com efeito, nas palavras de Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, existem “laços jurídicos” entre os membros do agrupamento de concorrentes relativos “à propagação ao

⁶⁶ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 1116

⁶⁷ Conforme explicam Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, “Quando a proposta seja apresentada por um agrupamento concorrente, a declaração referida na alínea a) do n.º 1 deve ser a assinada pelo representante comum dos membros que o integram, caso em que devem ser juntos à declaração os instrumentos de mandato emitidos por cada um dos seus membros ou, não existindo representante comum, deve ser assinada por todos os seus membros ou respetivos representantes.” Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 481

agrupamento dos efeitos das causas de exclusão que afetam um dos seus membros (art. 146.º/2 e art. 184.º/2); à responsabilidade solidaria de todos os membros do agrupamento, perante a entidade adjudicante, pela manutenção da sua proposta (art. 54.º/3); à exigência de, em caso de adjudicação, se associarem todos, e só eles, na (ou numa) modalidade jurídica prevista no programa de procedimento (art. 54.º/4)”⁶⁸. O regime da responsabilidade e a comunicabilidade de impedimentos serão abordados na Parte II da presente dissertação.

2.2.1 - A proibição de dupla participação

Conforme explica Raquel Sampaio “a contratação pública é um dos palcos mais propícios e atrativos para a ocorrência de comportamentos que põem em perigo a concorrência e que, no limite, podem degenerar em conflitos de interesse e até corrupção”⁶⁹. A assunção destes riscos no âmbito da contratação pública conduziu à construção de instrumentos jurídico-administrativos destinados a atuar de forma preventiva e *ex post*⁷⁰. Segundo Miguel Assis Raimundo, quer as entidades públicas quer os operadores económicos privados preocupam-se com a possibilidade de desvios de fundos e com o cumprimento de regras de boa governação. Nessa medida, o CCP contempla procedimentos concatenados, imparciais e transparentes de modo a prevenir práticas anticoncorrenciais. Por sua vez, o CP tipifica o recebimento indevido de vantagem, corrupção ou a participação económica em negócio como ilícito criminal, nos artigos 372.º, 374.º e 377.º, garantindo dessa forma um controlo posterior e subsidiário.

Com o propósito de proteger a concorrência num mercado económico livre, o legislador nacional, à imagem do legislador europeu, optou por impor limites à figura do agrupamento, nomeadamente no que se refere aos casos em que uma empresa pretende participar num procedimento concursal, simultaneamente como membro de um agrupamento e candidato individual ou como membro de outro agrupamento. Com efeito, o n.º 2 do artigo 54.º do CCP, previu pela primeira vez⁷¹ que “os membros de um agrupamento candidato ou de um agrupamento concorrente não podem ser candidatos ou concorrentes no mesmo procedimento, nos termos do disposto nos artigos anteriores, nem integrar outro agrupamento candidato ou outro agrupamento concorrente”.

⁶⁸ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 481

⁶⁹ Sampaio, Raquel, *Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública*, Estudos de Contratação Pública – Volume IV, Edições Coimbra Editora, página 492

⁷⁰ Raimundo, Miguel Assis, *A formação dos Contratos Públicos* (...) página 361

⁷¹ De facto, os regimes anteriores não acolhiam tal proibição no texto legal, contudo esta decorria do espírito da lei e era acolhida pela jurisprudência portuguesa.

A análise teórica e dogmática desta questão será desenvolvida no terceiro capítulo da Parte II da presente dissertação, para o qual desde já se remete.

2.2.2 - A habilitação

Paralelamente ao regime jurídico aplicável ao concorrente singular, também o agrupamento deverá preencher os requisitos previstos no artigo 81.º do CCP, relativo à titularidade de habilitação técnica, profissional e académica, bem como os requisitos relativos aos documentos a apresentar. Não obstante a previsão geral do princípio da equiparação entre concorrentes isolados e agrupados, existem especificidades no regime jurídico, como decorre da leitura conjugada do artigo acima indicado e do artigo 84.º do CCP.

Com efeito, o legislador optou por diferenciar os regimes porquanto entendeu que parte dos requisitos legais deveriam ser preenchidos por cada membro do agrupamento, ao contrário dos restantes, que poderiam ser preenchidos por apenas um ou alguns dos seus membros. Consoante as exigências legais se vão alterando, também o júri deverá avaliar cada membro do agrupamento individualmente, no primeiro caso, ou avaliar o seu conjunto, no segundo caso, “atribuindo o (seu) resultado global”⁷².

Desta forma, recai sobre todos os membros do agrupamento a obrigação de apresentação da declaração de vontade de concorrer e do compromisso de manutenção da proposta unitária bem como a apresentação dos documentos comprovativos do preenchimento dos requisitos de idoneidade ou honorabilidade pessoal, previstos nas alíneas b), d), e) e i) do artigo 55º do CCP.

Por sua vez, perante um procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, a apresentação do alvará ou do título de registo emitido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário poderá depender apenas de um dos membros do agrupamento, se esse alvará for suficiente para a adjudicação do contrato. Pelo contrário, se não for suficiente, será o conjunto dos alvarás apresentados por alguns ou todos os membros que permitirá a adjudicação ao agrupamento. Contudo, se o agrupamento concorrente num procedimento de formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas for composto por vários membros que exerçam a atividade de construção, recai sobre estes a obrigação de apresentação de alvará, independentemente de se encontrar preenchido o requisito.

⁷² Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 553

No procedimento de formação de um contrato de locação ou de aquisição de bens móveis ou serviços, todos os membros deverão apresentar o certificado de inscrição em lista oficial de fornecedores ou prestadores de qualquer Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu. Segundo Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, “no caso dos procedimentos (...) se se exigir uma habilitação quantitativa ou qualitativa dimensionada à extensão ou natureza do fornecimento de bens ou serviços a realizar, (aplicam-se) analogicamente – salvo se a isso se opuser a natureza ou finalidade do respetivo requisito – as regras da alínea b) do art. 84.º/1 do Código.”

Por fim, os requisitos previstos no n.º 6 e 8 deverão ser apresentados por todos os membros do agrupamento, nos termos da alínea c), do n.º 1 do artigo 84.º do CCP.

Como decorre da exposição do regime jurídico, sob o agrupamento de concorrentes recai, de forma objetiva, tão só a obrigação de apresentação da declaração de aceitação do conteúdo do caderno de encargos, assinado pelo representante do agrupamento ou por todos os membros, nos termos do n.º 5 e alínea a) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP. Pelo contrário, os documentos relativos à habilitação devem ser apresentados apenas no caso de o “vencedor” do procedimento ser o agrupamento.

Contudo, no caso de o agrupamento optar pela constituição de uma modalidade de associação jurídica no momento de apresentação da proposta, mormente um ACE ou uma Sociedade Anónima, que dispõem de órgãos estatutários para vincular o agrupamento e comunicar a sua vontade perante a entidade adjudicante e terceiros, entende-se que não se deverá aplicar o artigo 57.º do CCP.

A decisão de adjudicação do contrato público ao agrupamento concorrente no procedimento de contratação pública implica o cumprimento de uma formalidade essencial. Com efeito, na fase de outorga do contrato, sobre o agrupamento recai a obrigação de apresentação do documento comprovativo da associação jurídica. Como tal, só poderão participar nesta associação jurídica, em princípio, os membros que compuseram o agrupamento pelo que cabe à entidade adjudicante comprovar o preenchimento desse requisito bem como o próprio conteúdo do documento. Conforme explicam Mário e Rodrigo Esteve de Oliveira, recai sobre a entidade adjudicante a obrigação de confirmar “não terem sido aí incluídas (ou excluídas) quaisquer disposições que diminuam (ou assegurem) a responsabilidade de qualquer dos seus membros ou da própria associação”⁷³ perante si.

⁷³ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 1095

Dúvidas persistem quanto ao momento de comprovação da associação jurídica dos membros do agrupamento porquanto o legislador não concretizou este aspeto. Segundo Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, embora possa constar no programa de procedimento, estes Autores entendem que o momento adequado para a apresentação do documento comprovativo deveria ser depois da fixação da versão final da minuta do contrato. Por sua vez, se o agrupamento não apresentar o documento, voluntariamente, até à sua convocação para a celebração do contrato, deverá ser fixado um prazo específico para o fazer. Na verdade, os Autores discordam do n.º 1 do artigo 105.º do CCP porquanto entendem que a previsão cumulativa não obsta à possibilidade da entidade adjudicante solicitar a apresentação do comprovativo da associação jurídica dos membros do agrupamento num momento anterior à celebração do contrato.

Acresce que, a falta de apresentação dos documentos relativos à habilitação, no prazo e idioma previsto, de acordo com o preceituado no n.º 1 do artigo 86.º do CCP bem como a falta de associação dos membros do agrupamento consubstanciam vicissitudes que conduzem à caducidade da decisão de adjudicação⁷⁴. Na verdade, o legislador no CCP optou por alargar o espectro de causas de caducidade, acrescentado às situações já contempladas, por exemplo, a causa prevista no n.º 1 do artigo 86.º do CCP. Paralelamente, reforçou o sistema cominatório, com dupla previsão sancionatória, que culmina na previsão de sanções contraordenacionais graves e muito graves, a que se soma, no entendimento de Jorge Andrade da Silva, a suscetibilidade de verificação de ilícito criminal tipificado no crime de burla.

Não obstante a discussão doutrinal e jurisprudencial sobre a forma de produção dos efeitos da caducidade, cabe-nos referir ainda que, na esteira do entendimento mais recente, deve haver lugar à declaração de caducidade por parte da entidade adjudicante e, subsequentemente, a realização de audiência prévia na qual se aferirá da censurabilidade do comportamento do adjudicatário. Pelo que, do juízo de imputabilidade da falta ao adjudicatário decorrerá a caducidade da adjudicação.

2.2.3 - As modalidades jurídicas de associação

As modalidades jurídicas de associação variam consoante a dimensão e complexidade do concurso público pelo que os participantes optam frequentemente pela sociedade comercial,

⁷⁴ Caldeira, Marco, *Sobre a caducidade da adjudicação no Código dos Contratos Públicos*, em Estudos de Contratação Pública – IV, Coimbra Editora, páginas 447

preferencialmente a sociedade anónima, no caso de um concurso duradouro ou técnica e economicamente exigente “cujo objeto social, em regra, residirá exclusivamente no exercício da atividade concedida”⁷⁵. Pelo contrário, perante um concurso com pouca relevância ou de curta duração, os participantes optam pela constituição de um consórcio e um agrupamento complementar de empresas, regulados pelo Decreto-Lei n.º 281/ 81, de 28 de Julho e a Lei n.º 4/73, de 4 de Julho e o Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Junho, respetivamente.

Da escolha por uma das formas jurídicas de associação, os sujeitos no procedimento de contratação pública retirarão benefícios e desvantagens que se repercutirão quer a nível procedimental, quer a nível processual. Acresce que, da modalidade escolhida resultam regimes fiscais diferentes e implicam custos e níveis de flexibilidade distintos.

2.2.3.1. - A Figura do consórcio

O consórcio define-se como “um contrato pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou coletivas, que exercem uma atividade económica se obrigam entre si a, de forma concertada, realizar certa atividade ou efetuar certa contribuição com o fim de prosseguir a realização de atos materiais ou jurídicos, quer de um determinado empreendimento, quer de uma atividade contínua; a execução de determinado empreendimento; o fornecimento de terceiros de bens, entre outros”⁷⁶.

Sublinhe-se que, as empresas participantes, mediante a celebração de um contrato de consórcio⁷⁷, não constituem uma pessoa coletiva nova ao contrário do que acontece com o agrupamento complementar de empresa pelo que a outorga do contrato público não será realizado pelo consórcio mas sim pelos membros que o compreende. Nessa medida, o consórcio não é dotado de personalidade jurídica ou judiciária o que acarreta restrições a nível procedimental e sobretudo processual, conforme se analisará na Parte II da presente dissertação.

O consórcio pode se assumir como *interno* no caso em que “as atividades ou os bens são fornecidos a um dos membros do consórcio e só este estabelece relações com terceiros ou são fornecidos diretamente a terceiros por cada um dos membros do consórcio, sem expressa

⁷⁵ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 565

⁷⁶ Artigos 1.º e 2.º do Decreto-lei n.º 231/81, de 28 de Julho

⁷⁷ O contrato de consórcio, também denominado por *unincorporated joint venture*, encontra-se sujeito a mera forma escrita, salvo nos casos em que envolve a transmissão de bens imóveis, caso em que estará sujeita a forma mais exigente, conforme decorre da leitura conjugada do artigo 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho e artigo 22.º do Decreto-Lei 116/2008, de 4 de Julho.

invocação dessa qualidade” ou como *externo*, quando tal fornecimento é realizado por cada um dos consortes “com expressa invocação dessa qualidade”.

A inexistência de personalidade jurídica que caracteriza o consórcio implica a desnecessidade da escolha de uma denominação. No entanto, a identificação do consórcio e dos seus membros importa vantagens porquanto permite a clarificação da candidatura e beneficia a transparência do concurso⁷⁸. A sua constituição compreende, facultativamente, um Conselho de Orientação e Fiscalização⁷⁹, que engloba a totalidade dos consortes e um Chefe do Consórcio, órgão obrigatório, designado pelos seus pares para exercer as funções internas e externas, contratualmente atribuídas⁸⁰ e previstas, subsidiariamente nos artigos 13.º e 14.º do diploma legal supramencionado. Esta figura revela-se de extrema importância na medida em que o consórcio não tem personalidade jurídica pelo que torna-se necessário a imputação de obrigações a um órgão de coordenação e prossecução de interesses comuns dos consortes, quer a nível de relações internas, quer a nível de relações externas. No que se refere às relações externas, previstas no artigo 14.º do diploma, voltaremos ao tema, na Parte II da presente dissertação.

A escolha por parte dos participantes no agrupamento desta forma de associação jurídica implica a manutenção de um cariz individualista, em que cada membro mantém a sua independência em relação aos restantes. Por conseguinte, o equilíbrio entre os interesses do consórcio e os interesses dos seus membros pode ser dificultado. Tendo em vista esta dificuldade e com o objetivo de a conter, o legislador incluiu no regime legal aplicável os deveres que recaem sobre os membros do consórcio.

Pelo que, dispõe o artigo 8.º do diploma legal que para “além dos deveres gerais decorrentes da lei e dos deveres estipulados no contrato, cada membro do consórcio deve: a) abster-se de estabelecer concorrência com o consórcio, a não ser nos termos em que esta lhe for expressamente permitida; b) Fornecer aos outros membros do consórcio e em especial ao chefe deste todas as informações que considere relevantes; c) Permitir exames às atividades ou bens que, pelo contrato, esteja adstrito a prestar a terceiros.” Como tal, decorre do Decreto-Lei a obrigação de não concorrência, de cooperação e de fiscalização da execução e cumprimento das obrigações por cada membro.

⁷⁸ A denominação do consórcio encontra-se prevista no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho

⁷⁹ Artigo 7.º do DI n.º 231/81, de 28 de Julho

⁸⁰ Artigo 12.º do DI n.º 231/81, de 28 de Julho

2.2.3.2 - A Figura do Agrupamento Complementar de Empresas

Por sua vez, o agrupamento complementar de empresas (ACE), distingue-se da figura anterior por possuir personalidade jurídica e, por isso, ser sujeito de deveres e obrigações⁸¹. O ACE decorre de um agrupamento de pessoas coletivas com o objetivo de melhorar as condições de exercício ou de resultado das suas atividades económicas⁸², constituída por escritura pública ou documento particular⁸³ e é composto por dois órgãos, a Assembleia Geral e a Administração ou Gerência. Consiste por isso, “numa forma de cooperação contratual entre empresas já constituídas (e que mantêm a sua personalidade jurídica) ”.⁸⁴

Conforme explica Jorge Andrade da Silva, o ACE assume-se como um “expediente jurídico que, para além de materializar uma cooperação de empresas na realização do objeto do contrato cuja celebração é de interesse comum, viabiliza e facilita o acesso à contratação pública por parte de empresas de média e pequena dimensão”⁸⁵.

No que se refere às relações externas, no ACE, por ser dotado de personalidade jurídica, “é aos seus órgãos executivos que são dirigidos todos os atos dos órgãos procedimentais e serão eles que praticam e assumem, perante a entidade adjudicante, todos os atos, direitos e deveres que interessam à posição do agrupamento na sequência procedimental”⁸⁶. Pelo que, não exigem a atribuição de poderes de representação mediante uma procuração com poderes especiais, ao contrário do que acontece no consórcio.

Por fim, as vantagens decorrentes desta modalidade jurídica de associação são potenciadas ainda pelos incentivos fiscais e financeiros, previstos na Base IV, da Lei suprarreferida.

⁸¹ Valles, Edgar, *Consórcio, ACE e outras figuras*, Editora Edições Almedina, S.A., 2007, página 41 e seguintes

⁸² A partir do n.º 1 da Base I da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho, Valles, Edgar, *Consórcio, ACE e outras figuras*, página 161 e seguintes

⁸³ De acordo com a alteração legislativa decorrente da entrada em vigor do DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março, passou a ser exigido apenas a redução a escrito do contrato constitutivo de ACE, “salvo se forma mais solene for exigida para a transmissão dos bens com que os sócios entram para o agrupamento”. Nos termos da Base IV da Lei n.º 4/73, de 4 de Junho, apenas no momento da inscrição no registo comercial é que o ACE adquire personalidade jurídica. A regulamentação da sua constituição e funcionamento encontra-se no DL n.º 430/73, de 25 de Agosto.

⁸⁴ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 566

⁸⁵ Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, página 213

⁸⁶ Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, página 213

2.2.3.3 - A figura da Associação em Participação

A associação em participação⁸⁷ é o contrato pelo qual uma pessoa dedica-se a uma atividade económica exercida por outra, ficando a primeira a participar nos lucros ou nos lucros e perdas que desse exercício resultar para a segunda, nos termos do n.º 1 do artigo 21.º do DI n.º 231/81. A constituição da associação, sem necessidade de respeito de forma contratual, pode ter como propósito a realização de atividade permanente ou isolada, contudo não implica a constituição de uma pessoa jurídica nova o que se justifica sobretudo pelo facto de não haver lugar à constituição de um património novo.

Na verdade, conforme explica Edgar Valles “seja por inércia, seja pela opção pela celebração de outros contratos, as pessoas singulares ou coletivas não têm recorrido a esta figura jurídica”⁸⁸.

2.2.3.4 – Sociedade Anónima

O regime legal da Sociedade Anonima encontra-se previsto no artigo 271.º do CSC e caracteriza-se pela divisão do seu capital social em ações e pela limitação da responsabilidade de cada sócio ao montante que subscreveu⁸⁹.

Conforme afirma-nos anteriormente, a sociedade anonima é a modalidade jurídica de associação, por excelência, no caso de contratos duradouros ou tecnicamente exigentes. Para tal, de acordo com o consagrado no artigo 272.º e artigo 9.º, ambos do CSC, o contrato de sociedade deverá conter essencialmente a referência ao capital, às ações, às obrigações e a estrutura adotada para a administração e fiscalização da sociedade.

Importa notar que, como sublinha Menezes Leitão, “as SA, pela sua origem, pela sua evolução e pelo desenho legal do seu tipo, são marcadas pela impessoalidade. As relações que se estabeleçam entre os sócios assentam na coesão económica da junção de capitais com escopos lucrativos”⁹⁰. Pelo que “o tipo “sociedade anónima” não está adaptado a realidades *intuitu personae*”⁹¹.

⁸⁷ Denominada por Conta em participação, no Código Comercial de 1888

⁸⁸ Valles, Edgar, *Consórcio, ACE e outras figuras*, página 64

⁸⁹ Leitão, Adelaide Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coordenação de Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, Edição Almedina, 2009, página 723

⁹⁰ Leitão, Adelaide Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, página 727

⁹¹ Leitão, Adelaide Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, página 728

Sumariamente, cabe-nos aludir a obrigatoriedade de constituição de sociedade anónima no contrato de concessão de obras públicas e de serviços públicos⁹², com sede em Portugal, cujo objeto social limita-se às atividades que se encontram integradas na concessão, em exclusivo, pelo período de duração do contrato. Ora, tal obrigação poderá consubstanciar numa limitação da liberdade contratual imperativamente imposta aos membros do agrupamento porquanto a sua constituição impõem a criação de uma sociedade caracterizada por uma estrutura rígida, mediante uma administração com poderes próprios que se distânciam dos próprios membros do agrupamento. Com efeito, a *ratio* da previsão legal indicia a importância da proteção dos poderes de fiscalização da entidade adjudicante na fase de execução contratual, todavia, é suscetível de dificultar as relações entre os membros do agrupamento e a sociedade anónima constituída.

⁹² Conforme prevê o artigo 411.º do CCP

PARTE II – QUESTÕES ESTRUTURANTES DO REGIME JURÍDICO DOS AGRUPAMENTOS DE CANDIDATOS E CONCORRENTES

1 - REPERCUSSÕES PROCEDIMENTAIS DO REGIME – A COMUNICABILIDADE DOS IMPEDIMENTOS E A SOLIDARIEDADE COMO REGIME DE RESPONSABILIDADE

A segunda parte da presente dissertação tem como escopo analisar as repercussões do regime jurídico do agrupamento na vida do contrato, abrangendo neste estudo quer a fase de formação, quer a fase da sua execução. Como tal, neste capítulo procuraremos aquilatar da comunicabilidade dos impedimentos que recaem sobre um membro do agrupamento à restante associação informal *tout court* e, em consequência, a possibilidade de aplicação do instituto da modificação subjetiva do agrupamento.

Como ponto de partida para o estudo, importa referir que o legislador pautou o regime jurídico para o cumprimento do princípio da intangibilidade e da estabilidade da proposta, ambos corolários do princípio da concorrência. De acordo com o primeiro princípio, com a apresentação da proposta e ultrapassado este prazo (supletivamente previsto no artigo 65.º do CCP), encontra-se vedada a possibilidade de alteração da proposta não sendo mais possível retirá-la ou recusar a celebração do contrato, se a esta for adjudicada. Nessa medida, decorrido o prazo, a proposta é tida como imodificável e “objetivam(-se) e autonomizam(-se) dos respetivos concorrentes”⁹³, enfatizando-se o seu carácter indisponível.

Com efeito, resulta da leitura conjugada dos artigos 65.º e 137.º do CCP⁹⁴ que a opção legislativa no âmbito do prazo de manutenção da proposta teve como propósito limitar temporalmente o vínculo da proposta apresentada ao procedimento em causa, evitando assim que o agrupamento e, necessariamente, os seus membros permanecessem “amarrados aos compromissos”⁹⁵ por um período demasiado alargado. Por outro lado, reforçou os princípios de segurança e certeza porquanto a entidades adjudicantes confiam que no decurso desse prazo

⁹³ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 202

⁹⁴ Que determina “Até ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, os interessados que já as tenham apresentado podem retirá-las, bastando comunicarem tal facto à entidade adjudicante”

⁹⁵ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 607

têm a possibilidade de analisar e avaliar as propostas, com a acuidade necessária, sem alterações relevantes. De forma mediata, a opção legislativa permitiu ainda salvaguardar o cumprimento do princípio da concorrência porquanto as propostas foram elaboradas tendo em atenção os condicionalismos endógenos e hexógenos, de um período limitado⁹⁶.

Aparentemente, parece que o legislador fixou o princípio da irrevogabilidade, da estabilidade e da imutabilidade da proposta a partir do final da fase de apresentação de propostas⁹⁷. Pelo que, se até esse momento os agrupamentos podem alterar as suas propostas, retira-las ou substituí-las, *a contrario sensu*, após o *terminus* da fase de apresentação, a proposta firma-se no procedimento.

Paralelamente, o princípio da estabilidade impõe a inalterabilidade das peças do procedimento e a impossibilidade de um candidato, concorrente ou membro do agrupamento ceder, substituir-se ou alterar a sua composição⁹⁸, durante a fase de formação do contrato, pelo que se subdivide no princípio da estabilidade objetiva e subjetivo, respetivamente.

Após a definição dos princípios gerais que balizam o tema em análise, facilmente se concebem diversas situações na vida de um agrupamento, suscetíveis de melindrar tais princípios e pelo menos aparentemente, as disposições do artigo 54.º do CCP⁹⁹.

Por sua vez, o cruzamento operado pelo legislador entre o regime jurídico dos agrupamentos – no qual vigora uma “conceção unitária”¹⁰⁰ – e o regime dos impedimentos previsto no artigo 55.º do CCP conduziu a doutrina à conclusão de que a verificação de uma causa de exclusão respeitante a um membros, acarretaria, de forma direta e necessária, a exclusão da proposta apresentada pela totalidade do agrupamento. Com efeito, o próprio texto legal, na alínea c), do n.º 2 do artigo 146.º do CCP¹⁰¹, prevê como cominação legal a exclusão das propostas apresentadas por um agrupamento quando “relativamente a qualquer um dos membros, a entidade adjudicante tenha conhecimento de que se verifica algumas das situações

⁹⁶ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 607

⁹⁷ Segundo os Autores, a desistência ou alteração da proposta numa fase posterior implicará maiores prejuízos para o interesse público e para o procedimento pelo que impedir a substituição ou desistência provocaria o seu adiamento para uma fase ainda mais sensível. Pelo contrário, Margarida Olazabal Cabral defendia que a partir do momento da apresentação da proposta, ela não era suscetível de qualquer alteração.

⁹⁸ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 213

⁹⁹ Com efeito, a insolvência ou a cisão de um membro, a perda de interesse ou discordâncias insanáveis quanto à proposta são suscetíveis de atingir o agrupamento. Importa ainda, distinguir as vicissitudes que ocorrem no âmbito das relações internas do agrupamento, não imputáveis aos seus membros e aquelas que decorrem da perda de interesse ou divergências inconciliáveis.

¹⁰⁰ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 563

¹⁰¹ À semelhança do que ocorre no n.º 2 do artigo 184.º do CCP, relativo à candidatura.

previstas no artigo 55.º do CCP”¹⁰² que, por sua vez, pretende salvaguardar a “idoneidade moral, cívica e económica dos candidatos e concorrentes”¹⁰³.

Não obstante a letra da norma contemplar diretamente esta solução, parece-nos que, na esteira de outros autores, não deverá ser a única a considerar. Pelo contrário, como se sustentará, entendemos que a exclusão apenas deverá operar como última *ratio* do sistema, reservada para vicissitudes específicas, que importem um grave risco para o sucesso do procedimento pré-contratual e para a posterior execução do contrato. Com efeito, parece-nos que o reequacionamento do instituto da modificação subjetiva do agrupamento é suscetível por um lado, de afastar a aplicação de uma solução drástica e, por outro lado, de privilegiar o interesse público, a proporcionalidade e a eficiência do procedimento concursal.

Contudo, a solução proposta implica uma cuidada reflexão sobre o regime legal e sobre os contributos da doutrina mais avalisada. Desde logo, Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira pugnam pela interpretação literal da letra da lei porquanto não só o legislador limitou positiva e negativamente¹⁰⁴ a composição do agrupamento, como ainda, de uma perspetiva sistemática, esta é a única interpretação consentânea com o disposto no n.º 1 do artigo 105.º e ainda com a alínea c), do n.º 2 do artigo 146.º e com a alínea c), do n.º 2 do artigo 184.º do CCP.

Jorge Andrade da Silva, funda a impossibilidade de alteração subjetiva do agrupamento no “caráter *intuito personae*”¹⁰⁵ subjacente ao contrato a celebrar, pelo que qualquer alteração da sua composição implica, necessariamente, a caducidade da decisão de adjudicação. Por sua vez, Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente, defendem a inadmissibilidade, à luz do ordenamento jurídico português, da saída ou substituição de um membro do agrupamento. Todavia, os autores ponderam, na esteira de Jérôme Michon, a manutenção do procedimento no caso de morte ou extinção de um dos membros.

Diferentemente, Diogo Duarte Campos e Carla Machado pugnam por uma interpretação menos restritiva. Segundo estes autores, “em bom rigor, e interpretando convenientemente a letra da lei, não resulta qualquer restrição à saída de um membro do Agrupamento (...) nem

¹⁰² Conforme explica Miguel Assis Raimundo, os impedimentos previstos no artigo 55.º do CCP são suscetíveis de se sistematizar em três grandes grupos: a “exigência de coerência ou não auto-contradição no acesso aos mercados públicos” (al b) a i)); “o perigo de não cumprimento do contrato (al a), b) e c)) e “a proteção da imparcialidade e da concorrência efetiva nos procedimentos de formação” (al d), e), j) artigo 55.º e n.º 2 e 5 do artigo 113.º), Raimundo, Miguel Assis, *A Formação dos Contratos Públicos* (...) página 866

¹⁰³ Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, página 219

¹⁰⁴ Defendem estes autores que, “é essa literalmente a interpretação mais consentânea com a disposição legal, até pelo facto de estar aí em causa não apenas a delimitação positiva dos respetivos membros (*todos eles*), mas também a negativa (*apenas eles*)”, em Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 558

¹⁰⁵ Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, página 215

tampouco se impõe que um Agrupamento se mantenha, no decurso do procedimento, com a composição, inicialmente, apresentada”¹⁰⁶. Acresce que, os autores sublinham que o móbil do legislador nunca foi, nem poderia ser, a aplicação cega da norma legal, independentemente de um juízo de interesse público.

Na verdade, também Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira reconhecem que a proibição absoluta de entrada ou saída de um membro de um agrupamento é suscetível de criar “graves prejuízos para os interesses da própria entidade adjudicante”¹⁰⁷. Pelo que, aceitam com caráter excecional a saída de um membro com pouca relevância no agrupamento, porquanto essa modificação não atinge a seriedade e confiança da proposta ou candidatura. Pelo contrário, recusam, tal como a generalidade da doutrina, a possibilidade de entrada de um membro no agrupamento depois da fase de apresentação de propostas visto que esta hipótese inculcaria na violação do princípio da concorrência.

Numa análise aos regimes jurídicos próximos, importa ter em atenção que o regime jurídico francês e italiano, nos artigos 51.º e 37.º respetivamente, permitem que um membro do agrupamento se afaste, após declaração da sua insolvência ou quando se encontre impossibilitado de cumprir a prestação por razões não lhe imputáveis. No caso francês, o agrupamento poderá solicitar à entidade adjudicante a permanência no procedimento e ainda recorrer à subcontratação. Parece portanto que o legislador francês optou pela prevalência do interesse público na manutenção daquela proposta, sacrificando o princípio da concorrência e da estabilidade da proposta.

Paradoxalmente, o CCP prevê como desvio ao princípio da execução pessoal do contrato, a modificação subjetiva do co-contratante, mediante a cessão de posição contratual¹⁰⁸, como decorre dos artigos 316.º e seguintes do CCP. Conforme explica Marcelo Rebelo de Sousa, “a modificação subjetiva dos contratos administrativos mais frequente é a *cessão da posição contratual*, pela qual uma das partes transmite a sua posição no contrato a um terceiro, que assim assume os direitos e as obrigações contratuais do contratante originário”¹⁰⁹. Porém, tal

¹⁰⁶ Campos, Diogo Duarte de, Machado, Carla, “*Um por todos e todos por um? Efeitos da insolvência em agrupamentos de concorrentes*”, em Estudos de Contratação Pública – Vol. IV Coimbra Editora, página 317

¹⁰⁷ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 558

¹⁰⁸ A cessão da posição contratual caracteriza-se pela substituição do co-contratante originário por um terceiro, “que passa a ser titular dos direitos e das obrigações contratuais do cedente”. Diferentemente, a subcontratação não implica a modificação subjetiva do contrato porquanto se basta com a substituição na execução do originalmente obrigado por outra pessoa, pese embora aquele permaneça responsável pela execução, em Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, página 779

¹⁰⁹ Sousa, Marcelo Rebelo de; Matos, André Salgado de, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral* Tomo III, 2.ª Edição, D. Quixote, página 169

modificação subjetiva encontra-se excluída, entre outros casos, nos contratos *intuitu personae* e relativamente às entidades impedidas pelo artigo 55.º do CCP. Por fim, a modificação subjetiva poderá ocorrer mediante a extinção, fusão ou cisão da pessoa coletiva.

Ora a flexibilização do regime legal no decurso da execução contratual revela a ponderação, por parte do legislador, de possíveis vicissitudes que impedem ou diminuem a capacidade de atuação do operador privado, pelo que o recurso a tais figuras, apenas se encontra vedado por razões de ordem pública.

Por sua vez, numa perspetiva comunitária, até às diretivas de 2014, o legislador europeu não se havia pronunciado sobre a possibilidade de modificação subjetiva no decurso da fase de execução do contrato. Pelo contrário, o TJUE pronunciou-se em 23 de Janeiro de 2003, no processo *Makedoniko Metro e Michaniki*, declarando que “não se opõe a uma regulamentação nacional que proíbe a modificação da composição de um agrupamento de empresas que participa num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas ou de uma concessão de obras públicas após a apresentação das propostas”¹¹⁰.

Contudo, as diretivas comunitárias atuais agregaram no seu regime possibilidades de modificações subjetivas durante a execução do contrato, conforme o preceituado na alínea d), do n.º 2 do artigo 72.º. Com efeito, a diretiva incluiu a transmissão universal ou parcial da posição do co-contratante inicial, desde que não implicasse a alteração substancial do contrato¹¹¹. Especificamente, no que se refere à declaração de insolvência de um co-contratante e a possibilidade de cessão da sua posição contratual, o legislador comunitário optou por impedir a alteração substancial do contrato. Não obstante, abriu exceção no ponto ii), na alínea d) do artigo 72.º, autorizando “expressamente (...) a modificação de contratos e acordos-quadro se o co-contratante for substituído por outro, em virtude da insolvência do contraente inicial”¹¹².

Os autores que pugnam pela interpretação menos restrita do n.º 4 do artigo 54.^o¹¹³, relacionam esta disposição com o n.º 3 do mesmo artigo, argumentando que a imposição de um regime de solidariedade na manutenção das propostas apresentadas pelo agrupamento não

¹¹⁰ Processo n.º 57/01, de 23 de Janeiro de 2013, disponível em <http://curia.europa.eu/>

¹¹¹ O conceito de alteração substancial do contrato foi alvo de sucessivas interpretações jurisprudenciais, nomeadamente no Acórdão *Pressext*, segundo o qual “estamos perante alteração substancial se as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público apresentarem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e forem, consequentemente «susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato»”. Carrilho, Gonçalo, *Insolvência e Contratação Pública: Brevíssimas Notas* em Revista da Ordem dos Advogados, ano 75, Julho/Dez 2015 página 854

¹¹² Carrilho, Gonçalo, *Insolvência e Contratação Pública: Brevíssimas Notas* página 854

¹¹³ Segundo Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, da letra da lei depreende-se que o regime jurídico de responsabilidade ora analisado apenas se aplica à manutenção das propostas e não à manutenção das candidaturas.

poderá conduzir a outra solução senão a da alteração subjetiva. Contudo, também a interpretação do preceito legal levantou questões de fundo e dividiu a doutrina em, fundamentalmente, duas conceções.

Perante a exigência legal de manutenção da proposta e o regime de responsabilidade solidaria, Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, entendem que a ratio legal impõe a responsabilidade solidária “pelos prejuízos, encargos e demoras causados à entidade adjudicante com a retirada da proposta”¹¹⁴. Com efeito, segundo os Autores, o artigo visa somente regulamentar a responsabilidade pré-contratual pela não formação do contrato e não a hipótese de constituir a entidade adjudicante no direito de exigir, a qualquer membro, a manutenção da proposta. Justificam os autores que somente a primeira interpretação é consentânea com a visão global do regime jurídico da contratação pública porquanto é o próprio legislador que possibilita a formação de agrupamentos mistos ou heterogéneos, o que significa que nos casos em que é exigível, nomeadamente, a titularidade de um alvará, os membros que não dispõem da habilitação não poderão responsabilizar-se solidariamente.

Pelo contrário, Jorge Andrade da Silva retira diferente interpretação do preceito legal. Segundo este autor, decorre da letra da lei a responsabilidade solidária pelas obrigações decorrentes da proposta, “independentemente do acordo que internamente rege as relações dessas empresas entre si e que é ineficaz relativamente à entidade adjudicante”¹¹⁵. Por outras palavras, enquanto que os primeiros autores sublinham o critério do prejuízo, este autor prefere reforçar a importância da “manutenção da proposta”¹¹⁶, não obstante as vicissitudes que o agrupamento possa sofrer, vedando a limitação da responsabilidade de cada membro à prestação a que se obrigou. Acompanhando esta posição, Diogo Duarte de Campos e Carla Machado, entendem que “todos os membros do Agrupamento são solidariamente responsáveis pela manutenção da proposta”¹¹⁷ pelo que “a Entidade Adjudicante pode exigir de um ou de alguns a execução de toda a proposta”¹¹⁸.

A violação do disposto neste artigo implicará, segundo Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, o direito de indemnização pelos danos sofridos na esfera jurídica da entidade adjudicante, a comunicabilidade a qualquer entidade com poderes de supervisão ou disciplinares e ainda a perda de caução, se prestada. Afastada encontra-se por isso, segundo

¹¹⁴ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 560

¹¹⁵ Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, página 214

¹¹⁶ Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, página 214

¹¹⁷ Campos, Diogo Duarte de; Machado, Carla, “*Um por todos e todos por um?* (...)” página 320

¹¹⁸ Campos, Diogo Duarte de; Machado, Carla, “*Um por todos e todos por um?* (...)” página 320

estes autores, a possibilidade de demandar judicialmente os membros do agrupamento concorrente com o propósito de o vincular à manutenção da proposta.

Parece-nos que, pelo facto do legislador ter previsto a possibilidade de adjudicação ao segundo qualificado no procedimento pré-contratual, como forma de proteger a eficiência do procedimento já realizado e de beneficiar o interesse público, evidencia a intenção do legislador de impedir a paralisação de um procedimento para coercivamente obrigar o primeiro qualificado – o agrupamento – a cumprir.

1.1 - Apreciação crítica

Como tivemos a oportunidade de observar, a solução ideal no panorama da contratação pública é a prevalência da estabilidade objetiva e subjetiva da proposta, independentemente de ter sido apresentada por um candidato ou concorrente, individual ou conjuntamente. Pese embora, não se deve olvidar que a diminuição da capacidade financeira dos operadores privados decorrente do acentuar da crise económica alterou o paradigma da contratação pública, com reflexo no seu regime jurídico. Por outro lado, parece-nos que, volvidos oito anos da entrada em vigor do CCP, é altura ideal para refletir sobre a adequabilidade de determinadas soluções legais.

Referindo-nos especificamente aos agrupamentos e ao tema ora abordado, encontramos na doutrina portuguesa, vozes críticas à interpretação literal do regime legal. Com efeito, Diogo Duarte de Campos e Carla Machado, pronunciam-se sobre a insolvência de um dos membros do agrupamento, prevista na alínea a) do artigo 55.º do CCP. Entendem que “seria totalmente irrazoável fazer repercutir sobre todos e cada um dos membros de um Agrupamento o risco da insolvência de um co-agrupado, criando quase uma presunção – de carácter inilidível – de inexequibilidade da proposta”¹¹⁹. Com efeito, na opinião de ambos, a exclusão da proposta do agrupamento reservar-se-ia aos casos em que a insolvência declarada de um dos membros atingisse a capacidade do agrupamento de executar as obrigações decorrentes da proposta¹²⁰. Argumento que sai reforçado perante o facto de no concurso público, ao contrário do que ocorre no concurso limitado por prévia qualificação, a Entidade Adjudicante avaliar a proposta e não os concorrentes que a sustentam pelo que, “na ótica da Entidade Adjudicante tem que ser

¹¹⁹ Campos, Diogo Duarte de, Machado, Carla, “*Um por todos e todos por um?* (...)” página 315

¹²⁰ Solução que parece ter sido ponderada pelo TCA Norte, no processo n.º 01072/10.5, de 20 de Janeiro de 2012, disponível em www.dgsi.pt

indiferente o concreto concorrente que lhe apresenta uma proposta, não há qualquer razão para a Entidade Adjudicante prescindir da melhor proposta”¹²¹.

Ora, acompanhamos os autores neste entendimento bem como na defesa da possibilidade de substituição do membro do agrupamento, porquanto não nos parece que a sua saída ou substituição - isto é, a entrada de um novo membro nos mesmos moldes em que participava o membro originário - melindre a posição defendida pela Entidade Adjudicante ou os restantes concorrentes ou candidatos.

Importa considerar que, conforme explica Gonçalo Carrilho, a opção legislativa subjacente à alínea a) do artigo 55.º, quando interpretada como impedimento absoluto, violava a diretiva comunitária de 2004, porquanto o seu n.º 2 do artigo 45.º indiciava “que o legislador comunitário conferia à entidade adjudicante o poder discricionário de estabelecer que os concorrentes que se encontrassem em situação de insolvência *ou* tivessem pendente processo de declaração de insolvência fossem excluídos do procedimento”¹²². Com efeito, nas palavras do autor, “da aplicação do preceito comunitário não se extrai qualquer vertente sancionatória contra os particulares, mas apenas a maior abertura à participação em procedimentos, no espírito concorrencial que subjaz ao Direito da União e ao Código dos Contratos Públicos”¹²³.

Todavia, a alteração legislativa comunitária, em 2014, conduziu o regime para a imposição de uma norma próxima da nacional, isto é, o n.º 4 do artigo 57.º da diretiva 2014/24/UE, abre a possibilidade de o legislador nacional prever a situação de insolvência originária como critério de exclusão obrigatório. Ora, criticada pelo Autor, esta solução, à semelhança da alínea do artigo 55.º do CCP prejudica a posição dos operadores económicos e diverge da opção legislativa no Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas que se pautou, precisamente, pela “recuperação de empresa”¹²⁴.

Parece-nos ainda que se deve ter em consideração os contributos decorrentes do princípio do acréscimo de capacidade técnica ou da adição da capacidade. Com efeito, o legislador concebeu a possibilidade de agregação da capacidade técnica e financeira de alguns ou todos os candidatos para o preenchimento dos requisitos pré-definidos, tal como acontece com os concorrentes. Ora, a inadmissibilidade de alteração subjetiva e a consequente exclusão automática do agrupamento, faz tábua rasa deste princípio e da responsabilidade solidária que recai sobre os membros do agrupamento.

¹²¹ Campos, Diogo Duarte de, Machado, Carla, “*Um por todos e todos por um?* (...)” página 324

¹²² Carrilho, Gonçalo, *Insolvência e Contratação Pública: Brevíssimas Notas* página 837

¹²³ Carrilho, Gonçalo, *Insolvência e Contratação Pública: Brevíssimas Notas* página 841-842

¹²⁴ Carrilho, Gonçalo, *Insolvência e Contratação Pública: Brevíssimas Notas* página 845

Acresce que, no decurso da execução do contrato, o legislador previu a modificação subjetiva, nomeadamente, mediante o recurso à figura da cessão da posição contratual. Na verdade, não pretendemos menosprezar as preocupações específicas subjacentes ao regime legal de cada uma das fases da vida do contrato, porém entendemos ser viável a sua contraposição para discorrer sobre uma solução legal. No âmbito da execução contratual, o acionamento da cessão da posição do co-contratante e até a subcontratação de terceiro para executar as obrigações decorrentes do contrato não poderá ocorrer em determinados contratos ou se constituir um meio para falsear a concorrência. Pelo exposto, o fundamento da limitação legal coincide, pelo menos parcialmente, com o entendimento doutrinal sobre a inadmissibilidade de recurso à modificação subjetiva do agrupamento. Nas palavras de Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, permitir a “entrada dessa pessoa ou entidade no concurso iria afetar a concorrência tal como ela se estabeleceu inicialmente, permitindo que alguém que não podia ou não quis concorrer”¹²⁵ se apresentasse posteriormente, beneficiando potencialmente de outras condições económicas e financeiras. Como tal, os argumentos da generalidade da doutrina filiam-se numa visão estrita da proteção da concorrência, sobrevalorizando a certeza e a segurança jurídica.

Por outro lado, nas palavras de Pedro Costa Gonçalves, “deve ter-se em consideração que, um pouco por toda a Europa, se pôde observar, nos últimos tempos”¹²⁶, o desenvolvimento de medidas específicas com o propósito de “aproveitar politicamente o conhecido potencial regulador do *public procurement*”¹²⁷. De entre a panóplia de instrumentos, destacamos o surgimento de medidas *self-cleaning* dirigidas aos operadores económicos impedidos ou proibidos de participar num procedimento de contratação pública. Com o recurso a estas medidas, o legislador proporciona ao operador económico a oportunidade de reconstruir a sua fiabilidade e honorabilidade, mediante a “adoção de providências de carácter pessoal, organizacional ou reparação de prejuízos causados a terceiros”¹²⁸.

Sublinhe-se que estas medidas de flexibilização, comuns ao ordenamento jurídico Alemão e Austríaco, encontram o seu fundamento no direito originário europeu pelo que, no entendimento de Sue Arrowsmith¹²⁹, devem ser transpostas para o ordenamento interno dos

¹²⁵ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 213

¹²⁶ Gonçalves, Pedro Costa, *Gestão de Contratos Públicos em tempo de crise*, em Estudos de Contratação Pública – Vol. IV Coimbra Editora, página 9

¹²⁷ Gonçalves, Pedro Costa, *Gestão de Contratos Públicos em tempo de crise*, página 10

¹²⁸ Gonçalves, Pedro Costa, *Gestão de Contratos Públicos em tempo de crise*, página 10

¹²⁹ Pese embora, Estados Membros como a França ou a Grécia discordem da sua aplicação porquanto estas medidas não são suscetíveis de sustar os efeitos de uma condenação criminal, os Autores defendem o uso *ad hoc* dos instrumentos, mediante uma ponderação casuística, Arrowsmith, Sue, Priess, Hans-Joachim, Friton, Pascal, *Self-*

Estados-Membros. Ora, parece-nos que a adoção destas medidas contribuem para a manutenção do membro no agrupamento e, conseqüentemente, no procedimento concursal, desonerando os restantes membros das implicações negativas da verificação de um impedimento.

Acresce que, prejudicar o agrupamento em casos em que se comprove que um membro do agrupamento cometeu irregularidades relativamente ao pagamento de impostos ou contribuições sociais é suscetível de conduzir a situações injustas e desproporcionais. Na verdade, a verificação de parte dos impedimentos previstos no artigo 55.º do CCP bem como o mais recente impedimento previsto na alínea g), do 1.º parágrafo, do n.º 4 do artigo 57.º da diretiva 2014/24/EU, são alheios aos restantes membros do agrupamento. Com efeito, é flagrante que o mais recente impedimento, que impossibilita a apresentação de propostas ou candidaturas, por um período de tempo, ao sujeito que incumpriu um contrato anterior, mesmo que comprovado pela rescisão, a condenação ou aplicação de outra sanção, pode ser desconhecida por parte dos restantes membros.

Pelo que, temos dúvidas sobre a bondade de uma interpretação literal do n.º 4 do artigo 54.º do CCP, porquanto ao operar uma espécie de contaminação automática pela saída de um membro ou pela verificação de um impedimento, mediante o sacrifício do agrupamento, viola o imperativo de justiça e proporcionalidade. Acresce que, sempre se dirá que a exclusão do agrupamento nestes termos provocará, com grande probabilidade, um prejuízo para o interesse público. De facto, na perspetiva da entidade adjudicante, permanece o interesse em adjudicar à proposta melhor posicionada, que no caso poderá ser a do agrupamento. Pelo que, a utilização de mecanismos intermédios de manutenção da proposta cumpre os desígnios de “maximização da eficiência na satisfação do interesse público, conduzindo à otimização de recursos públicos”¹³⁰.

Noutras palavras, entendemos que o regime jurídico perçecionado de uma forma global oferece mecanismos suficientes para proteger os interesses em risco, seja este público ou privado.

Por um lado, nos casos em que dúvidas subsistam acerca da seriedade da proposta ou candidatura apresentada pelo agrupamento decorrente de divergências sérias de vontade no âmbito das relações internas da associação, parece-nos que a sua exclusão não deve ter lugar

cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law? publicado em *Public Procurement Law Review*, 2009

¹³⁰ Correia, Sérvulo, Torgal, Lino, Sánchez, Pedro Fernández, *Alteração de circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública* em Estudos de Contratação Pública – Vol. III Coimbra Editora, página 151

senão naqueles casos em que, depois de interpelados (a totalidade dos membros ou o seu representante) estes informem a Entidade Adjudicante que não têm condições para se manter no procedimento. Caso contrário, isto é, se os associados confirmarem a seriedade e os termos da proposta, com ou sem um dos seus membros originais, esta deverá “manter-se em jogo”.

Acresce que, não se deve olvidar que a opção do legislador ao impor o regime de solidariedade como regime imperativo, conferiu a jusante, meio para compelir o agrupamento a manter a sua proposta ou a compensar a entidade adjudicante pelo prejuízo decorrente da desistência. Tal como se abordou anteriormente, os membros do agrupamento são solidariamente responsáveis pela manutenção da proposta. Ora, independentemente do entendimento doutrinal sobre o regime legal imperativamente imposto, certo é que sobre a Entidade Adjudicante recai um direito de indemnização por eventuais danos ou um direito a, de forma coerciva, vincular os membros do agrupamento à proposta apresentada. Todavia, cumpre-nos referir que, tendo em consideração o silêncio legal, nos parece pouco plausível a possibilidade de proposição de ação de condenação como meio judicial próprio para impelir a celebração do contrato administrativo pelos restantes membros do agrupamento. Com efeito, a entidade adjudicante poderá ser ressarcida pelos danos ou prejuízos decorrentes da desistência do agrupamento ou diminuição da capacidade deste. Pelo que, na esteira do entendido por Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, entendemos que a interpretação do n.º 4 do artigo 54.º do CPTA deve-se limitar ao critério de prejuízo, até porque o procedimento de formação do contrato encontra-se dirigido para o cumprimento do princípio da celeridade. Acresce que, existem outros mecanismos tendentes à proteção do interesse público, como sendo, a adjudicação à proposta classificada em segundo lugar.

Por outro lado, na eventualidade de sobre um membro recair um impedimento, acreditamos que nasce a oportunidade para, em concreto, a entidade adjudicante interpela-lo individualmente e ao restante agrupamento, com o propósito de manter aquela proposta no procedimento. Assim, parece-nos que o membro poderá retirar-se, ser substituído ou ainda ser objeto da aplicação de medidas *self cleaning*.

Quanto à entrada de um membro no agrupamento numa fase em que a apresentação de proposta terminou, abre-se a oportunidade de um juízo concreto, fundado num critério de objetividade, com o propósito de averiguação da existência de atos, práticas ou de troca de informação capazes de consubstanciar um comportamento anticoncorrencial, ou seja, suscetível de falsear a concorrência. A opção que ora se aborda não pretende abrir a “caixa de pandora” para a violação do princípio da estabilidade dos candidatos e concorrentes porquanto o que aqui

se defende é apenas um juízo objetivo na defesa dos corolários do princípio da concorrência, tendo em consideração e sublinhando simultaneamente o princípio de persecução do interesse público, que poderá justificar a manutenção de certas candidaturas ou propostas. Este parece-nos ser o entendimento mais consentâneo com o princípio *favor participationis* e com o direito comunitário e a sua jurisprudência, que radica na impossibilidade de causas de exclusão automática.

Por fim, resta-nos refletir acerca das repercussões da aplicação do instituto da modificação subjetiva do agrupamento na proposta por este apresentada. Isto é, propomo-nos problematizar a seguinte questão: é admissível a alteração objetiva da proposta apresentada por um agrupamento decorrente da saída de um membro dos seus membros, especialmente pela crise económica em que vivemos ou por outras causas não lhe imputáveis?

Com efeito, no decurso da exposição desenvolvida até ao momento defendemos que a saída ou substituição do membro do agrupamento não deveria ser excluída *ab initio*, desde que não atingisse a capacidade de execução da proposta anteriormente apresentada e potencialmente adjudicada.

Segundo Sérvulo Correia, “no Direito da Contratação Pública nem mesmo um acordo entre “as partes” pode modificar o conteúdo das peças de procedimento e das propostas que, uma vez apresentadas, não podem «considerar-se mais propriedade ou na disponibilidade (...) de ninguém, tornando-se intangíveis, documental ou materialmente”¹³¹. Se tal como a modificação subjetiva, a modificação objetiva pode operar no decurso da execução do contrato, conforme dispõe os artigos 312.º e 314.º do CCP, com base na Teoria da Imprevisão¹³², já a sua aplicação no âmbito da formação do contrato é controversa. Conforme explica Freitas do Amaral, no decurso da execução contratual, especialmente num contrato de longa duração, poderão suceder alterações “económicas alheias à vontade das partes”¹³³, que pese embora não impossibilitem o cumprimento integral do contrato, implicam um aumento anormal do risco do contrato. Todavia, conforme explicam os Autores, na fase pré-contratual verifica-se igualmente

¹³¹ Correia, Sérvulo, Torgal, Lino, Sánchez, Pedro Fernández, *Alteração de circunstâncias* (...) página 197

¹³² A Teoria da Imprevisão foi desenvolvida pelo *Conseil d'Etat* francês, depois do despoletar da 1.ª Guerra Mundial. Resumidamente, os defensores desta teoria argumentam que a verificação de um facto estranho que altera as circunstâncias originárias do contrato e torna a execução do contrato mais onerosa comparativamente com o risco normal do contrato obriga a Administração a indemnizar o operador privado “«por impervisão» (...) pelos prejuízos por este sofridos com a manutenção da relação contratual”, ver Correia, Sérvulo, Torgal, Lino, Sánchez, Pedro Fernández, *Alteração de circunstâncias e modificação* (...) página 170. Segundo Marcello Caetano, “o caso imprevisto é o facto estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias económicas gerais, torna a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado” Amaral, Diogo Freitas de, *Curso de Direito Administrativo*, página 635-636

¹³³ Amaral, Diogo Freitas de, *Curso de Direito Administrativo*, página 636

os motivos que justificam a aplicação do instituto na fase contratual, isto é, também nesta fase cumpre defender o princípio da boa-fé e da tutela da confiança dos operadores económicos. Acresce que, segundo Sérulo Correia e outros, as soluções legais atualmente previstas, quer a revogação da decisão de contratar, com base na alínea d) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP, quer a exclusão da proposta nos termos do n.º 4 do artigo 152.º do CCP¹³⁴, não são suscetíveis de proteger tais princípios.

Pelo exposto, defendem os Autores que, especialmente nos contratos complexos e de grande dimensão, vedar a possibilidade de alteração da proposta apresentada, “é, simplesmente, irrealista”¹³⁵. Por outro lado, a utilização das soluções legais suprarreferidas incorre num erro porquanto tais normas foram orientadas para a perda de interesse por parte da entidade adjudicante e não por parte do operador económico. Desta forma, os autores pugnam pela admissibilidade da modificação da proposta por alteração das circunstâncias, com a necessária partilha dos prejuízos entre o operador económico e a entidade adjudicante ou mesmo a transmissão “integral pela obrigação de suportar tais prejuízos”¹³⁶.

Face ao exposto, parece-nos que a alteração da proposta em virtude da modificação da capacidade do agrupamento só poderá ocorrer nos casos em que a alteração decorre de causas não imputáveis, essencialmente decorrente de crise económica e não por verificação de um qualquer impedimento previsto no artigo 55.º do CPP. Por outro lado, sublinhe-se que o hipotético juízo, sempre casuístico, sobre as causas de alteração da proposta pressupõe a manutenção do interesse contratual na celebração do contrato por parte da entidade adjudicante. De outra forma, não se vislumbra como se poderá pugnar pela manutenção da proposta apresentada pelo agrupamento.

¹³⁴ Os Autores pronunciam-se sobre a aplicação desta disposição porquanto o TC pronunciou-se sobre a exclusão das propostas finais “pelo facto de a respetiva pontuação global ser inferior à das respetivas versões iniciais”, Correia, Sérulo, Torgal, Lino, Sánchez, Pedro Fernández, *Alteração de circunstâncias* (...) página 186

¹³⁵ Correia, Sérulo, Torgal, Lino, Sánchez, Pedro Fernández, *Alteração de circunstâncias* (...) página 175

¹³⁶ Correia, Sérulo, Torgal, Lino, Sánchez, Pedro Fernández, *Alteração de circunstâncias* (...) página 200

2 - REPERCUSSÕES PROCESSUAIS DO REGIME – EM ESPECIAL, O REQUISITO DO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ATIVO

Conforme se expôs no Capítulo II da parte I da presente dissertação, a decisão dos candidatos ou concorrentes em constituir um agrupamento para a apresentação de uma candidatura ou proposta num procedimento pré-contratual tem implicações processuais relevantes. Com efeito, o legislador nacional impôs um tratamento unitário da figura do agrupamento pelo que a este corresponde uma única candidatura ou proposta. Não obstante o legislador não conceber a divisibilidade das propostas, não se deve olvidar da riqueza do contributo da jurisprudência nacional e comunitária sobre o tema. Nessa medida, cabe-nos no horizonte de análise da presente dissertação, averiguar as consequências processuais, a justiça e proporcionalidade do entendimento jurisprudencial, mormente no que se refere à legitimidade do agrupamento na interposição de uma ação de impugnação contenciosa.

Como explica Antunes Varela, “ser parte legítima na ação é ter o poder de dirigir a pretensão deduzida em juízo ou a defesa contra ela oponível” pelo que o Autor tem legitimidade ativa “se for (...) quem juridicamente pode fazer valer a pretensão em face do demandado”¹³⁷. A legitimidade ativa é, por isso, tida como um “pressuposto adjetivo através do qual a lei seleciona os sujeitos de direito admitidos a participar em cada processo levado a tribunal”¹³⁸

Embora o pressuposto da legitimidade se concretize na posição dos sujeitos *na relação material controvertida*, tal não invalida que este requisito se encontre preenchido por quem apenas em parte seja titular dessa relação ou mesmo por quem não o é. De facto, no Direito Civil são várias as situações em que o compossuidor (n.º 1 do artigo 1286.º do Código Civil) ou o comproprietário (n.º 2 do artigo 1405.º do Código Civil), por exemplo, “gozam, isoladamente, de legitimidade (ativa) para propor certas ações de defesa do seu direito contra terceiros, não obstante eles serem meros titulares desse direito”¹³⁹. Em ambos os casos referidos, a lei confere “legitimidade para a ação a quem não tem poderes de disposição sobre

¹³⁷ Varela, Antunes, Beleza, J. Miguel e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª Edição, revista e atualizada, 1985 Coimbra Editora, páginas 129 e seguintes

¹³⁸ Acórdão do TCA Norte de 22 de Outubro de 2009, processo n.º 01352/08.0BEVIS e Acórdão do TCA Norte de 22 de Fevereiro de 2013, processo n.º 00304/07.1BEPR, Caldeira, Marco, *Da legitimidade ativa no contencioso pré-contratual – em especial, os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais*, em Revista do Ministério Público, n.º 134, Abril/Junho de 2013, página 275 e seguintes

¹³⁹ Varela, Antunes, Beleza, J. Miguel e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, páginas 139-140

o direito ou todo o direito litigado”¹⁴⁰, razão pela qual a existência de uma sentença desfavorável ao Autor não produz efeitos quanto aos restantes contitulares do direito.

Paralelamente, o preenchimento do pressuposto da legitimidade pode depender da presença na demanda de uma pluralidade de partes, ativa ou passiva, seja mediante a figura do litisconsórcio, seja mediante a figura da coligação. Na generalidade dos casos, a pluralidade de sujeitos processuais basta-se com o litisconsórcio voluntário, isto é, quando “a cumulação depende exclusivamente da vontade das partes”¹⁴¹. Neste caso, os sujeitos não necessitam de demandar em conjunto, todavia, ao fazê-lo, permitem que o Tribunal se pronuncie sobre a totalidade do direito e não apenas sobre a quota-parte dele¹⁴². Diferentemente, no caso do litisconsórcio necessário, a lei, o negócio jurídico ou a natureza da relação jurídica pressupõem a intervenção de todos os interessados na ação, porquanto somente dessa forma a sentença produzirá o seu efeito útil normal.

O CPTA, no artigo 9.º, seguindo de perto as opções do legislador no CPC, enveredou pela consagração da teoria subjetivista e como tal, assentou o preenchimento do pressuposto da legitimidade ativa na forma como a *relação material controvertida* é configurada pelo autor. Acresce que, conforme explica Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, a par da previsão legal da legitimidade ativa direta, que resulta do interesse direto do Autor em demandar, existem casos especiais em que se dispensa “a titularidade de uma posição jurídica subjetiva e substantiva”¹⁴³.

A jurisprudência nacional tem optado pela exigência do preenchimento do pressuposto do litisconsórcio necessário ativo sempre que um agrupamento de candidatos ou concorrentes ou os seus membros pretendem intentar uma ação de impugnação da decisão final do procedimento pré contratual. Desta forma, “um interessado que participou, como membro de um agrupamento concorrente, num determinado procedimento pré-contratual, não pode depois isoladamente impugnar a decisão de adjudicação tomada naquele procedimento, devendo a ação ser intentada por todos os membros do agrupamento, em litisconsórcio necessário, sob pena de absolvição do réu”¹⁴⁴.

Segundo o entendimento generalizado na jurisprudência nacional, se o agrupamento apresenta uma candidatura ou proposta conjunta, esta não é divisível em tantas declarações negociais como membros do agrupamento pelo que a adjudicação ocorre em relação ao

¹⁴⁰ Varela, Antunes, Beleza, J. Miguel e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, página 140

¹⁴¹ Varela, Antunes, Beleza, J. Miguel e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, páginas 162

¹⁴² Varela, Antunes, Beleza, J. Miguel e Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, página 164

¹⁴³ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*- vol. I, 2006, Edição Almedina, página 155

¹⁴⁴ Caldeira, Marco, “Um por todos...” ou “Juntos até que a morte os separe”? página 10

agrupamento e não em relação a cada um dos membros que o compõem. Como consequência necessária e imediata, “a titularidade do direito à adjudicação é conjunta e incindível e também só em conjunto, e convergência de vontades, os agrupados têm, no plano substantivo, o poder de a exigir”¹⁴⁵. Pelo que o direito adjetivo de proposição de uma ação de impugnação é vedado a cada um dos membros de um agrupamento, *de per si*, ainda que esse membro preencha a totalidade dos requisitos de capacidade técnica e financeira de que a adjudicação do contrato dependia¹⁴⁶.

A clara posição da jurisprudência nacional é visível, como em vários ordenamentos europeus, nomeadamente, no Acórdão do STA, de 20 de Setembro de 2011, no âmbito do processo n.º 0556/11¹⁴⁷, que discorreu da seguinte forma: “sob pena da respetiva identidade, para efeitos do concurso, a proposta apresentada não é divisível em quatro, separadas e parcelares, correspondentes às prestações individuais de cada uma das sociedades”. Ao considerar que o direito à adjudicação reside apenas na esfera jurídica do consórcio e não relativamente a cada um dos seus membros, somente o consórcio poderá demandar a entidade adjudicante.

Acresce que, com o propósito de sustentar a posição suprarreferida, os Tribunais partem do pressuposto de que se um membro do agrupamento não pretende demandar a Entidade Adjudicante mediante a interposição de uma ação de impugnação, daí decorre, necessariamente, que não pretende executar o contrato, se porventura, a ação obtiver provimento. Em suma, a generalidade dos Tribunais, parte da renúncia tácita ao direito de ação

¹⁴⁵ Caldeira, Marco, “*Um por todos...*” ou “*Juntos até que a morte os separe*”? página 10

¹⁴⁶ O mesmo acontece no caso de a preterição do pressuposto processual de litisconsórcio necessário ativo decorrer da desistência do pedido, por parte de um ou alguns dos membros de agrupamento, ao longo do processo judicial, independentemente do motivo que subjaz a tal desistência.

¹⁴⁷ Acórdão STA (António Madureira), proferido em 20 de Setembro de 2011, no âmbito do processo n.º 0556/11, que se pronunciou acerca da ilegitimidade ativa de uma empresa que impugnou individualmente a decisão final de adjudicação da entidade adjudicante, pesa embora tenha identificado as restantes empresas consorciadas na qualidade de contrainteressadas. Ora, segundo o acórdão, “quatro sociedades em consórcio externo, como opositoras a um concurso para participação na constituição de uma sociedade comercial de capitais minoritariamente públicos, cujas normas concursais exigiam que os agrupamentos concorrentes tinham de ter um número de membros igual ou superior a quatro”. Por sua vez, o Acórdão do STA (Fernanda Xavier), proferido em 03 de Fevereiro de 2004, no âmbito do processo 054/04, pronunciou-se acerca de uma questão ligeiramente diferente porquanto neste caso a empresa, que se intitulava como chefe do consórcio e que nessa qualidade impugnou a decisão de adjudicação, encontrava-se desacompanhada do restante membro do agrupamento e sem procuração com poderes especiais por parte deste. Ora, neste caso, os membros do agrupamento tinham celebrado apenas um contrato promessa de constituição de consórcio externo, não atribuindo tais poderes ao “chefe do consórcio”. Acresce que, a sociedade membro do agrupamento recusou-se a constituir mandatário ou a ratificar o processado pelo que segundo o acórdão verificava-se a exceção dilatória de ilegitimidade ativa. Ambos disponíveis em www.dgsi.pt

para concluir pela falta de interesse em agir e, naturalmente, pela inexistência de um efeito útil decorrente da decisão final, resvalando, dessa forma, numa espécie de presunção inilidível.

Entendimento este parcialmente compatível com a posição do TJUE que, no Acórdão de 08 de Setembro de 2005, no processo C- 129/04, *Espace Trianon e Sofibail*, se debruçou sobre um caso semelhante. Com efeito, entendeu o Tribunal comunitário que “o artigo 1.º da Directiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que, segundo o direito nacional, só o conjunto dos membros de um consórcio sem personalidade jurídica que, enquanto tal, tenha participado num procedimento de adjudicação de um contrato publico e ao qual não tenha sido adjudicado o referido contrato pode interpor recurso da decisão de adjudicação e não unicamente um dos seus membros a título individual”¹⁴⁸.

Por outro lado, o Acórdão do STA suprarreferido defende que “in casu, o apontado regime específico do contrato de consórcio externo leva a que a falta de interesse em demandar das três identificadas empresas consorciadas determine a ilegitimidade da Autora e a que essa ilegitimidade não possa ser sanada com a intervenção principal provocada daquelas, pois que só na convergência real e atual da vontade das consorciadas a decisão da ação pode produzir o seu efeito útil normal.” Assim, segundo o entendimento do STA, o mecanismo processual da intervenção principal provocada, não suscetível de sanar a exceção dilatória de ilegitimidade.

Concretamente, no que se refere à intervenção principal provocada como meio de suprir a ilegitimidade por falta de litisconsórcio necessário ativo, contrariamente ao entendimento sufragado pelo STA, o acórdão do TCA Norte recorrido, proferido em 18 de Março de 2011, no âmbito do processo n.º 01262/10.0BEBRG, determinava que “a forma como uma parte pode ultrapassar a recusa dos demais interessados em proporem, conjuntamente com ela, a ação é intentá-la sozinha e, simultaneamente, requerer a intervenção principal, como autores, dos demais interessados”¹⁴⁹. Com efeito, o acórdão recorrido entendia que “seria contrário aos princípios da tutela jurisdicional efectiva e da promoção do acesso à justiça (arts. 2º e 7º do CPTA) se não existissem remédios eficazes e eficientes que facultassem ao litisconsorte o recurso à via judicial em caso de recusa ou desinteresse dos demais litisconsortes”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Acórdão *Espace Trianon SA e Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) contra Office communautaire et regional de la formation professionnelle et de l’emploi (Forem)*, processo C – 129/04, de 08 de Setembro de 2005, disponível em www.curia.europa.eu/

¹⁴⁹ Acórdão do TCA Norte (Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro), proferido em 18 de Março de 2011, no âmbito do processo n.º 01262/10.0BEBRG, disponível em www.dgsi.pt

¹⁵⁰ Acórdão do TCA Norte (Lino José Baptista Rodrigues Ribeiro), proferido em 18 de Março de 2011, no âmbito do processo n.º 01262/10.0BEBRG, disponível em www.dgsi.pt

Importa notar que, em 2007, o TJUE, pronunciando-se sobre uma questão próxima da ora analisada, determinou que “o artigo 1.º da Diretiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que, segundo o direito nacional, um dos membros de uma associação temporária sem personalidade jurídica que tenha participado, enquanto tal, num processo de adjudicação de um contrato público e à qual o referido contrato não tenha sido adjudicado, possa interpor, a título individual, um recurso da decisão de adjudicação deste”.

Portanto, dos acórdãos mencionados decorre que a exigência de litisconsórcio necessário ativo não consubstancia uma violação das disposições comunitárias. Pelo contrário, esta obsta à legislação nacional que proíbe um membro do agrupamento de litigar isoladamente o seu direito de indemnização por danos por si sofridos e provocados pela adjudicação ilegal.

Sublinha-se por isso que, segundo entendimento comunitário, as normas processuais relativas ao pressuposto da legitimidade ativa dos agrupamentos e, em consequência, a previsão do litisconsórcio necessário ativo, cabem em exclusivo no domínio interno dos Estados membros.

Não obstante, a posição manifestamente maioritária no ordenamento jurídico português se rever no entendimento do S.T.A. e nos acórdãos comunitários supra expostos, certo é que a posição contrária tem também assento na jurisprudência comunitária e doutrina nacional. Com efeito, em 2007, o TJUE¹⁵¹ foi chamado a pronunciar-se sobre questão semelhante, na sequência do reenvio do Consiglio Stato cipriota, porquanto este órgão questionava o âmbito de aplicação do acórdão *Espace Trianon e Sofibail*. Em consequência, determinou o TJUE que a legislação comunitária impõe somente um limiar mínimo de acesso ao recurso judicial pelo que, o direito europeu não se opõe à previsão de legitimidade ativa a um membro do agrupamento que individualmente interponha uma ação de impugnação da decisão de adjudicação.

Soma-se a esta posição, as conclusões do Advogado Geral Paolo Mengozzi, no âmbito do Processo C-492/06, junto do Tribunal de Justiça. Com efeito, este entendeu que “cada um dos membros de um consórcio têm um direito autónomo de recurso relativamente aos atos que acarretam prejuízo para o próprio consórcio”¹⁵². Para o Advogado Geral, esta solução jurídica respeita, por um lado, as diretivas comunitárias e, por outro, o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Acrescenta ainda que, não se encontrando na legislação uma solução expressa para o caso *sub iudice*, deverá se aplicar o princípio geral que favorece a interposição de recurso. De

¹⁵¹ Conforme Despacho proferido pelo Tribunal de Justiça, de 04 de Outubro de 2007, no âmbito do processo C-492/06, disponível em <http://curia.europa.eu/>

¹⁵² Conclusões de Advogado Geral, Paolo Mengozzi, apresentadas junto do Tribunal de Justiça, no processo C – 492/06, disponível em <http://curia.europa.eu/>

outra forma, o mesmo adverte que poderiam existir situações de abuso porquanto poderia “o adjudicatário de um contrato público (...) impedir a interposição de recursos conseguindo que pelo menos um membro dos consórcios concorrentes deixasse de ter interesse em interpô-lo: isto, por exemplo, pela proposta de uma subcontratação por parte do vencedor”.

Por sua vez, como voz dissonante na doutrina portuguesa, destaca-se Marco Caldeira. O Autor defende que, “a posição do impugnante solitário é (ou poderá ser) legítima e, por conseguinte, digna de tutela, traduzida na permissão de acesso às vias contenciosas de reação contra um ato que lhe é (não só a ele, é certo, mas também a ele) lesivo.”¹⁵³.

Em primeiro lugar, o Autor procura enunciar, paralelamente à falta de interesse na celebração do contrato, o conjunto de fatores potencialmente impeditivos de interposição da ação de impugnação por todos os membros do agrupamento, nomeadamente dificuldades económicas ou o receio em “hostilizar a entidade adjudicante”¹⁵⁴. Em segundo lugar, defende que, embora passível de ser interpretada como renúncia ao direito de ação, a não interposição de ação não significa necessariamente a perda de interesse em celebrar o contrato¹⁵⁵. Pelo que, a apresentação de um dos membros em juízo não obsta a que os restantes membros do agrupamento, no caso de ganho da ação, celebrem o contrato, beneficiando dos efeitos externos positivos da sentença. Importa ainda referir que, segundo o autor, o entendimento do Supremo limita-se às ações de condenação porquanto apenas estas, se procedentes, conduzem à “intervenção conjunta do agrupamento”¹⁵⁶. Acresce que, parte da doutrina e jurisprudência nacional e internacional defende que a ação de impugnação poderá ser proposta por quem apenas tem um interesse “atendível” ou “legítimo” porquanto procura somente uma vantagem num procedimento concursal futuro ou a proteção da concorrência no setor em que opera¹⁵⁷.

Por fim, Marco Caldeira discorre sobre dois casos distintos: num primeiro momento aborda as situações em que há lugar à revogação da adjudicação, por “impossibilidade legal”¹⁵⁸; num segundo momento, refere-se às situações em que a entidade adjudicante, na sequência da anulação da adjudicação, encontra-se obrigada a proferir nova decisão de adjudicação, desta

¹⁵³ Caldeira, Marco, “*Um por todos...*” ou “*Juntos até que a morte os separe*”? (...) página 13

¹⁵⁴ Caldeira, Marco, “*Um por todos...*” ou “*Juntos até que a morte os separe*”? (...) página 14

¹⁵⁵ Nas palavras do autor, “nem a falta de impugnação contenciosa implica, *de per se*, a aceitação do ato nem a falta de adesão à pretensão anulatória já deduzida por outrem em juízo acarreta necessariamente a perda de interesse nos benefícios que possam advir dessa anulação”, Caldeira, Marco, “*Um por todos...*” ou “*Juntos até que a morte os separe*”? (...) página 16

¹⁵⁶ Caldeira, Marco, “*Um por todos...*” ou “*Juntos até que a morte os separe*”? (...) página 16, pese embora, tal como o autor expõe, na generalidade dos casos haverá lugar à cumulação de pedidos.

¹⁵⁷ Caldeira, Marco, “*Um por todos...*” ou “*Juntos até que a morte os separe*”? (...) página 17

¹⁵⁸ Caldeira, Marco, “*Um por todos...*” ou “*Juntos até que a morte os separe*”? (...) página 18

vez, em relação ao agrupamento. Com efeito, defende o autor que no primeiro caso, pelo facto de não haver lugar à celebração de novo contrato, não haverá lugar a um juízo de prognose relativo ao interesse dos membros do agrupamento.

Por outro lado, no segundo caso, “o impugnante é co-destinatário de um ato administrativo constitutivo de direitos, o que significa que, caso a entidade venha depois a revogar aquele ato ou a incumprir as obrigações que do mesmo decorrem, o impugnante poderá demandar a entidade adjudicante, em sede de ação judicial de responsabilidade civil”¹⁵⁹. Por sua vez, comprovando-se por sentença transitada em julgado que o contrato deveria ter sido adjudicado ao agrupamento e os seus membros se recusarem a celebrar o novo contrato, constituiria o membro do agrupamento que atuou isoladamente, no direito indemnização por violação da obrigação em se associarem na modalidade jurídica prevista, nos termos do n.º 4 do artigo 54.º do CCP.

Cabe ainda referir que, segundo Marco Caldeira, a impossibilidade de lançar mão do mecanismo de intervenção provocada dos restantes membros carece de sentido. Com efeito, o autor sublinha que a chamada dos restantes membros ao processo deve ser realizada mediante a intervenção provocada, porquanto este é o meio idóneo e próprio para o fazer¹⁶⁰. Pelo exposto, resulta claro que o autor é crítico da posição rígida e inflexível do STA.

2.1 - Apreciação Crítica

Cumprе agora aludir da proporcionalidade e justiça do requisito do litisconsórcio necessário ativo que recai sobre o agrupamento de candidatos ou concorrentes. Importa notar, desde já, que a densificação do pressuposto da legitimidade ativa decorre manifestamente do entendimento jurisprudencial e doutrinal, já que a legislação confere apenas uma orientação geral nos artigos 9.º do CPTA e n.º 2 do artigo 33.º do CPC.

Após a enumeração dos argumentos esgrimidos pelas duas posições, cabe-nos referir, desde logo que, conforme defende Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, o agrupamento caracteriza-se pela sua “unicidade e não inorganicidade ou diversidade”¹⁶¹. Com efeito, a partir da apresentação da candidatura ou proposta, a defesa dos direitos e deveres e o cumprimento

¹⁵⁹ Caldeira, Marco, “*Um por todos...*” ou “*Juntos até que a morte os separe*”? (...) página 18

¹⁶⁰ Caldeira, Marco, “*Um por todos...*” ou “*Juntos até que a morte os separe*”? (...) página 13

¹⁶¹ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 561

dos ónus que recaem sobre o agrupamento, cabe aos seus membros em conjunto ou a um representante comum, munido de procuração para o efeito¹⁶².

Sublinhe-se ainda que a generalidade dos acórdãos nacionais pronunciam-se sobre a legitimidade de um agrupamento que não se associou numa modalidade jurídica própria – porque o contrato não lhe foi adjudicado - ou sobre um consórcio, mormente, externo. De facto, no que se refere ao consórcio, decorre da falta de personalidade jurídica e a falta de capacidade e personalidade judiciária, prevista no n.º 2 do artigo 14.º e do artigo 19.º do DI n.º 231/81, de 28 de Julho, que “apenas por procuração especial, podem ser conferidos poderes para celebração, modificação ou resolução de contratos com terceiros no âmbito do contrato de consórcio, bem como poderes para representação em juízo, incluindo a receção da primeira citação, e para transação destinada quer a prevenir, quer a terminar litígios.”

Por outras palavras, o consórcio é “um mero instrumento contratual, um negócio jurídico típico e nominado”.¹⁶³ Pelo que, somente mediante a apresentação em juízo dos Autores munidos com uma procuração com poderes especiais¹⁶⁴, deverá se considerar preenchido o requisito de legitimidade processual ativa. Todavia, daí não decorre, de forma imediata, que as empresas que compõem o agrupamento ou o consórcio e que são dotadas de personalidade jurídica e de capacidade e personalidade judiciária, não sejam aptas para recorrer judicialmente, ainda que individualmente. Para o afirmar, é necessário lançar mão de outro argumento: a

¹⁶² Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 562

¹⁶³ Acórdão proferido pelo STA (António Madureira), a 06 de Agosto de 2003, no âmbito do processo n.º 01367/03, que pronunciando-se acerca da decisão anterior que determinou a falta de personalidade jurídica e judiciária do consórcio para a empreitada de reabilitação do Teatro Sá da Bandeira, ignorando a presença da totalidade das empresas membros do agrupamento em juízo, segundo o qual “Os consórcios carecem de personalidade jurídica e de personalidade e capacidade judiciárias. Tendo duas empresas concorrido agrupadamente, no âmbito de um concurso para celebração de contrato de empreitada, sem terem celebrado, por forma escrita, um contrato de consórcio, celebração essa, aliás, apenas necessária, em face dos elementos constantes do anúncio e do programa do concurso, para o concorrente adjudicatário, e tendo sido interposto recurso contencioso do ato de adjudicação pelo consórcio constituído por essas empresas, devidamente representadas individualmente, não é de rejeitar o recurso contencioso por falta de personalidade jurídica e capacidade judiciária do consórcio, se elas defendem que estão em juízo nessa qualidade, ou seja, individualmente e devidamente representadas.” E ainda “não existindo contrato celebrado sob a forma escrita, não existe consórcio (artigo 3.º, n.º 1 do referido Decreto-Lei n.º 231/81, de 28/7), sendo, por isso, irrelevante que a situação jurídica das empresas em causa seja tratada como tal, o que, de acordo com os elementos constantes dos autos se ficou a dever a mero erro terminológico, decorrente da prática usual de identificação dos agrupamentos de empresas.” Por fim, “O recurso deve, por isso, ser considerado interposto por essas empresas e não pelo consórcio, interpretação que, para além de se mostrar a mais consentânea com a globalidade dos elementos constantes dos autos e do processo burocrático, é também a que deve ser feita em caso de dúvida, tendo em conta os princípios anti-formalista, pro actione e in dubio pro favoritate instantiae, que postulam uma interpretação, ao nível dos pressupostos processuais, que se apresente como a mais favorável ao acesso ao direito e a uma tutela jurisdicional efetiva, consagrada no artigo 268.º, n.º 4 da CRP”, disponível em www.dgsi.pt

¹⁶⁴ Com efeito, “A procuração é por conseguinte, um ato jurídico separado e distinto do contrato de consórcio, embora ligado a ele, podendo, materialmente, o contrato de consórcio e a procuração constar do mesmo documento.”, in acórdão TCA Norte, a 20 de Fevereiro de 2015, no âmbito do processo n.º 00239/12.6BEMDL, disponível em www.dgsi.pt

indivisibilidade do direito à adjudicação e, em consequência, a inexistência de efeito útil da decisão final, porquanto os restantes membros do agrupamento ao demonstrar a falta de interesse em celebrar o contrato, demonstram também a falta de interesse em demandar.

Não obstante, parece-nos que a jurisprudência nacional tem percorrido um trilha demasiado rígido, inflexível e potencialmente desproporcional.

Em primeiro lugar, na esteira do defendido por Mário Aroso de Almeida, a legitimidade e o interesse em agir não se confundem porquanto independentemente de ser parte na relação material controvertida, poderá levantar dúvidas relativas à “necessidade efetiva de tutela judiciária”¹⁶⁵. Pelo que, parece-nos plausível a configuração de situações específicas em que um membro do agrupamento tem, individualmente, necessidade de tutela.

Em segundo lugar, a jurisprudência ao fundamentar a sua posição na falta de interesse na celebração do contrato, não poderá extrapolar o seu entendimento e aplicá-lo noutras circunstâncias. Neste sentido, aponta o acórdão do TJUE, no Processo C- 145/08 e C- 149/08, segundo o qual não deve ser vedado a um membro do agrupamento a possibilidade de peticionar, isoladamente, uma indemnização pelos danos sofridos “individualmente em consequência de uma decisão adotada por uma autoridade.” De outra forma, a legislação e jurisprudência nacional violariam o princípio da tutela jurisdicional efetiva. Elevado a direito fundamental¹⁶⁶ e constitucionalmente consagrado no n.º 4 do artigo 20.º da CRP, dele decorre, entre outros, a inibição que recai sobre os tribunais e a organização processual de não criar “dificuldades excessivas e materialmente injustificadas no direito de acesso aos tribunais”¹⁶⁷. Por sua vez, numa perspetiva europeísta, deste princípio decorre a proibição de não tornar impossível ou excessivamente difícil a proteção jurisdicional prevista no direito comunitário original e derivado, nomeadamente na contratação pública¹⁶⁸.

Conforme prevê o artigo 3.º do RRCEE, sob a epígrafe *obrigação de indemnizar*, “a responsabilidade prevista na presente lei compreende os danos patrimoniais e não patrimoniais, bem como os danos já produzidos e os danos futuros, nos termos gerais do direito”. Com efeito,

¹⁶⁵ Almeida, Mário Aroso de, *O novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, Edições Almedina, 1.ª Edição, página 54

¹⁶⁶ Canotilho, J.J. Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Vol. I, 4.ª Edição, 2007, página 408.

¹⁶⁷ Os Autores apontam, como manifestações do direito fundamental, a garantia da justiça administrativa, a preferência da decisão de mérito sobre a decisão de forma, entre outros, Canotilho, J.J. Gomes; Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, página 408

¹⁶⁸ Viana, Cláudia, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, página 170.

parece-nos que mal andou o TCA Norte¹⁶⁹ quando, ao pronunciar-se sobre o direito de indemnização peticionado por um membro do consórcio, decorrente do atraso no pagamento de faturas relativas à execução do contrato público de empreitada, emitidas em exclusivo em relação ao Autor, entendeu que se verificava a exceção dilatória de litisconsórcio necessário ativo. De acordo com o peticionado, o Autor pretendia somente a condenação da Entidade Adjudicante no pagamento de indemnização, com base em danos por si sofridos, semelhante à situação que levou o TJUE a pronunciar-se no Processo C- 145/08 e C- 149/08. A imposição de litisconsórcio necessário ativo nestes casos, parece-nos, manifestamente violador do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Importa notar que, decorre das diretivas comunitárias aplicáveis à contratação pública, a obrigatoriedade de previsão de meios de tutela efetivos “à disposição dos lesados *por violação das regras* comunitárias ou nacionais do concurso”¹⁷⁰, nomeadamente, a possibilidade de demandar a entidade adjudicante com vista à indemnização “por perdas e danos relativos aos custos incorridos com a preparação da proposta ou a participação no procedimento”¹⁷¹. Tais danos ocorrem por violação de direito comunitário ou nacional, contudo o sucesso da ação depende do interessado lograr provar que “teria tido uma possibilidade real de lhe ser atribuído o contrato que foi prejudicada por essa violação”¹⁷².

Acerca da relevância do entendimento comunitário sobre a questão que ora nos ocupa, cabe ainda referir que o n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, prevê a possibilidade de “indemnização às pessoas lesadas por violação de norma ocorrida no âmbito de procedimento de formação dos contratos referidos no artigo 100.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, de acordo com os requisitos da responsabilidade civil extracontratual definidos pelo direito comunitário” (sublinhado nosso).

Ora, conforme sustenta Carlos Cadilha, “a substituição do inciso (...) visa dar plena satisfação às exigências do direito comunitário”¹⁷³ o que reforça a obrigatoriedade de introduzir no ordenamento jurídico português, nomeadamente, o entendimento comunitário relativo à legitimidade para peticionar uma indemnização. Pelo que, caso ocorra a violação de tais normas e o autor prove que o contrato lhe seria adjudicado, não fosse tal violação, poderá ser

¹⁶⁹ Acórdão TCA Norte, a 20 de Fevereiro de 2015, no âmbito do processo n.º 00239/12.6BEMDL, disponível em www.dgsi.pt

¹⁷⁰ Pinto, Paulo Mota, *Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato*” em Estudos de Contratação Pública – Vol. II Coimbra Editora, página 276

¹⁷¹ Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, Coimbra Editora, 2.º Edição, 2011, página 101

¹⁷² Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual* (...) página 101

¹⁷³ Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual* (...) página 159

indemnizado. Assim, a prática de um ato administrativo ilegal no âmbito do procedimento contratual pela violação de normas processuais ou por violação dos princípios de contratação pública por parte da entidade adjudicante constitui o operador económico no direito de indemnização. Não obstante a falta de determinação na legislação da medida da indemnização, segundo o entendimento generalizado da doutrina, “estamos perante um dano resultante do interesse contratual negativo”¹⁷⁴ ou dano da confiança, que “corresponde à indemnização pelos danos derivado da não conclusão do negócio”¹⁷⁵ e que compreende não só os danos emergentes, como também os lucros cessantes, englobando as despesas em que o operador económico incorreu.

Pelo contrário, a indemnização pelo interesse contratual positivo ou dano de cumprimento, traduz “o benefício que a conclusão do negócio traria à parte prejudicada e que, em princípio, só será coberto, excecionalmente, quando a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio”¹⁷⁶.

A generalidade da jurisprudência do STA entende que a verificação de ilegalidades na fase pré-contratual constitui o operador económico lesado no direito de ser indemnizado pelo dano da confiança e não pelo dano de cumprimento. Não obstante, encontramos na jurisprudência do STA opinião diversa, nomeadamente nos casos em que o operador económico logrou provar que a sua proposta deveria ter sido a adjudicada. Acresce que, a doutrina nacional têm pugnado pela aplicação da indemnização pelo interesse negativo decorrente da violação dos deveres de cuidado e de informação no decurso do procedimento, no âmbito da responsabilidade pré-contratual. Ademais, a mesma doutrina defende que na ação de impugnação poderá ser peticionado uma indemnização pelo interesse contratual positivo quando “os critérios de adjudicação sejam exatos e não envolvam nenhuma margem de livre apreciação e o lesado demonstre que era o detentor da melhor oferta”¹⁷⁷.

Acresce que, o juízo de prognose operado pelo STA, com o escopo de se subsumir às ações de impugnação da decisão de adjudicação, poderá não encontrar assento na realidade diária dos intervenientes num procedimento de formação de contrato público. Imagine-se, por exemplo, que três empresas se associam informalmente para a apresentação de uma proposta: a empresa A e B preenchem todos os requisitos para que a proposta seja classificada em

¹⁷⁴ Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual* (...) página 102

¹⁷⁵ Oliveira, Fernando Baptista de, *Contratos Privados das noções à prática judicial* Coimbra Editora, 2.ª Edição, 2015 vol. II página 890

¹⁷⁶ Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual* (...) página 102

¹⁷⁷ Cadilha, Carlos Alberto Fernandes, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual* (...) página 104-105

primeiro lugar, em virtude do princípio do acréscimo ou da adição da capacidade e, por sua vez, a empresa C, assume um papel meramente assessorio. Ora, a proposta foi classificada em segundo lugar e A e B sustentam a existência de vícios a assacar à decisão final de adjudicação, pelo que pretendem propor uma ação nos termos do preceituado no artigo 100.º do CPTA. Todavia C, que se encontra numa situação de dificuldade económica, não pretende suportar tais encargos. Com efeito, seria manifestamente injusto impedir a empresa A e B de se apresentarem em juízo porquanto, pese embora o direito de adjudicação recair sobre o agrupamento, o contrato será executado somente por ambas.

Não obstante as problemáticas levantadas pela alteração subjetiva do contrato e o princípio da estabilidade, recuperando tudo o que se disse no capítulo anterior, importa notar que poderia a empresa C sair do agrupamento e nem por isso se excluía a proposta do agrupamento, de acordo com o disposto no n.º 4 do artigo 54.º do CCP.

Cumpre ainda referir que parece-nos que o excesso de zelo que tem orientado a jurisprudência nacional demonstra a discrepância entre o direito subjetivo e o direito adjetivo. Com efeito, o legislador, no n.º 3 do artigo 54.º do CCP, impôs o regime de responsabilidade solidaria sobre os membros do agrupamento pela manutenção da proposta apresentada o que se justifica, pelo menos parcialmente, conforme se afirmou no capítulo anterior, pela aplicação do princípio do acréscimo ou da adição da capacidade.

Em conclusão, a escolha dos candidatos ou concorrentes em se candidatar pode suscitar graves problemas no decurso do procedimento de formação do contrato bem como na fase de execução contratual. Soma-se ainda, como resulta do exposto, as repercussões processuais de tal escolha são suscetíveis de produzir importantes prejuízos. Como tal, deverão os candidatos ou concorrentes acautelar os seus direitos e interesses mediante a escolha de uma modalidade de associação jurídica com maiores garantias e menores riscos. Só dessa forma poderão os operadores económicos beneficiar de todas as vantagens da figura do agrupamento, seja para potenciar as probabilidades de adjudicação, seja para beneficiar o interesse público, com propostas mais fortes. Pelo que, na esteira do defendido por Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, “a exigência legal dum adequado sistema de representação ou liderança”¹⁷⁸ mediante um reforço da letra do artigo poderia solucionar muitos problemas levantados nesta ordem.

¹⁷⁸ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos (...)* página 562

3 - O IMPACTO DO PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA E DAS REGRAS DA CONCORRÊNCIA NO REGIME DOS AGRUPAMENTOS DE CANDIDATOS E CONCORRENTES

A densificação do princípio da concorrência¹⁷⁹ como princípio fundamental da contratação pública, desenvolvida pela jurisprudência comunitária, por intermédio dos acórdãos *Lombardini e Mantovani*¹⁸⁰, *Sintesi*¹⁸¹, *FENIN*¹⁸² e *SELEX*¹⁸³, elevou este princípio a “trave-mestra da contratação pública, uma espécie de umbrella principle”¹⁸⁴, projetando-o ao longo do seu regime.

Não obstante o seu acolhimento formal nas diretivas comunitárias aplicáveis à Contratação Pública só ter ocorrido no ano de 2014¹⁸⁵, este sempre figurou como princípio fundamental no “corpo de princípios comunitários”¹⁸⁶ pelo que beneficiou do primado do direito comunitário sobre a legislação nacional. Conforme sumaria o acórdão do Tribunal de Contas, de 03 de Novembro de 2010, “o respeito pelo princípio da concorrência e seus

¹⁷⁹ Embora a amplitude deste princípio dificulte a sua delimitação dogmática, o estudo do seu conteúdo e repercussões no Direito da Contratação Pública exige a sua distinção do princípio da igualdade. Com efeito, o princípio da concorrência tem repercussões no interior e exterior do procedimento concursal, porquanto visa alcançar uma concorrência sã, num mercado comum livre, “em que os interessados legitimamente confiaram serem aquelas por que se pautaria a avaliação subjectiva e objectiva da sua pretensão adjudicatória” tal como explica, Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 185. Por sua vez, o princípio da igualdade visa o tratamento de situações iguais de forma semelhante, cujas consequências se limitam no procedimento, entre candidatos ou concorrentes. Numa perspetiva diversa, Cláudia Viana entende que “a concorrência é, em sede de contratação pública, um resultado, que se obtém através da concretização dos princípios da igualdade e das liberdades comunitárias, enquanto regras que vinculam os Estados-membros na sua relação com os particulares” e só de forma mediata, as empresas. Viana, Cláudia, *Os princípios comunitários na contratação pública*, página 170. Por sua vez, Miguel Assis Raimundo, partindo do conceito de contrato público como bem escasso, defende a subjugação da fase de formação ao princípio da igualdade de tratamento, que compreende a igualdade no acesso à contratação pública e a igualdade na imposição de benefícios e desvantagens. Sobre a relação entre os princípios, entende que, não obstante, a contratação pública ser suscetível de fazer nascer nos seus potenciais co-contratantes uma expectativa ou “pretensão legítima genérica de concorrência” não se deve olvidar que não é o único valor em presença. Raimundo, Miguel Assis, *A formação dos Contratos Públicos* (...) página 54.

¹⁸⁰ Processo C – 285/99 e C – 286/99, de 27 de Novembro de 2001. Este foi o primeiro acórdão em que o TJUE se pronunciou sobre a aplicação do princípio da concorrência no direito da contratação pública ao obrigar as entidades adjudicantes e os concorrentes a promover uma concorrência sã, disponível em eur-lex.europa.eu

¹⁸¹ Processo C- 247/02, de 07 de Outubro de 2004, com especial enfoque nas conclusões apresentadas pela Advogada-geral Stix-Hackl, disponível em eur-lex.europa.eu

¹⁸² Processo C – 205/03, de 11 de Julho de 2006, disponível em eur-lex.europa.eu

¹⁸³ Processo T –155/04, de 12 de Dezembro de 2006, disponível em eur-lex.europa.eu

¹⁸⁴ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 185

¹⁸⁵ De acordo com as propostas de diretivas apresentadas em 2011, o princípio da concorrência conjuntamente com os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da proporcionalidade encontram-se previstos no artigo 18.º da Diretiva 2014/24/EU e artigo 36.º da Diretiva 2014/25/EU, da seguinte forma: “Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência.”

¹⁸⁶ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 181

corolários subjaz a qualquer atividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por direta decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão”¹⁸⁷.

Quer a doutrina, quer a jurisprudência nacional e europeia tendem a aceitar, com maior ou menor amplitude, a aplicação deste princípio como fundamental no procedimento de contratação pública. No entanto, a sua interpretação e densificação diverge consoante estejamos perante uma visão administrativista ou concorrencialista da contratação pública porquanto estes últimos, ao fundir o âmbito de aplicação do princípio da concorrência com o âmbito de aplicação do direito da concorrência, pugnam pelo alargamento da sua aplicação ao direito da contratação pública.

Posicionando-se num polo antagónico encontram-se os que defendem a autonomização da contratação pública das regras da concorrência *tout court*, admitindo-a somente em manifestações esporádicas do regime, nomeadamente no n.º 2 do artigo 54.º ou da alínea g), do n.º 2 do artigo 70.º do C.C.P. Com efeito, para Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, o princípio da concorrência caracteriza-se pela obrigação que recai sobre a entidade adjudicante de orientar um procedimento concorrencial de forma aberta, propiciando o maior interesse dos candidatos ou concorrentes para competirem na modalidade escolhida, impedindo-a portanto de aplicar injustificadamente requisitos estritos ou afunilados¹⁸⁸.

Nas palavras de Cabral de Moncada, “proteger a concorrência é evitar os abusos do poder económico privado e público, práticas concertadas com efeitos lesivos do normal desenvolvimento das trocas, abusos de posição dominante no mercado e concentrações excessivas do poder económico, mediante uma ordem jurídica de origem europeia e nacional cuja concretização se insere na função administrativa do Estado e de outras entidades públicas”¹⁸⁹.

Importa notar que, conforme explica Miguel Assis Raimundo, o estágio de desenvolvimento da formação dos contratos públicos sofre a influência potencialmente

¹⁸⁷ Acórdão nº 40/10, proferido pela 1.ª S/SS, no âmbito do processo n.º 1303/2010, em Trabuco, Cláudia, *Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa*, Contratação Pública e Concorrência, Edição Almedina, 2013, página 15

¹⁸⁸ Com exceção dos casos em que existem, de facto, argumentos justificativos.

¹⁸⁹ Moncada, Luis S. Cabral de, *A relação jurídica administrativa – Para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativo*, Coimbra Editora, 2009, página 620

antagónica do paradigma do contrato como meio de prossecução do interesse público e como forma de “abertura dos mercados à concorrência”¹⁹⁰.

Sublinhe-se que, a jurisprudência comunitária tem-se debatido por uma interpretação restritiva das normas relativas ao direito da concorrência, restringindo a sua aplicação no campo do direito da contratação pública. Desde logo, porque, quer no âmbito europeu, quer no âmbito nacional, os ramos de direito têm destinatários diversos, isto é, o Estado enquanto cliente, alvo das normas jurídico-públicas e as empresas privadas subjugadas pelas normas jurídico-privadas¹⁹¹. Por outro lado, o âmbito de aplicação subjetivo do artigo 101.º do TFUE e, em consequência, o n.º 2 do artigo 4.º da Lei da Concorrência, limita-se a circunstâncias muito específicas, mormente porque o seu âmbito de aplicação exige a prévia consideração do Estado como empresa, o que exclui a persecução de atividade segundo uma lógica de solidariedade, o exercício de prerrogativas de autoridade pública e ainda a atividade de procura de bens e serviços.

Como tal, nas palavras de Luís D.S. Morais e Nuno Cunha Rodrigues, “o direito da contratação pública e o direito da concorrência, não sendo sucedâneos, constituem ramos do direito intrinsecamente conexos e complementares”¹⁹² pelo que a sua aplicação deve ser “concomitante e sistemática”¹⁹³.

A relutância dogmática em aceitar os ditames do direito da concorrência não obsta, no entanto, à persecução da eficiência como corolário do princípio da concorrência na celebração dos contratos públicos, por “imposição, não só da lógica de maximização da utilidade dos recursos públicos, como, também, um imperativo de eficiência económica global”¹⁹⁴.

Com efeito, instituições como a OCDE, o Departamento de Justiça Americano ou a Autoridade da Concorrência, elaboraram estudos relevantes para a compreensão da

¹⁹⁰ Raimundo, Miguel Assis, *A formação dos Contratos Públicos (...)* página 35. Todavia, sublinhe-se que o sistema jurídico europeu “denota uma clara inclinação para conceder uma proteção prioritária aos interesses da concorrência”, ao contrário da opção legislativa norte-americana, de onde sobressai a proteção do interesse público, conforme explica Pedro Costa Gonçalves, *Gestão de Contratos Públicos em tempo de crise*, página 41

¹⁹¹ Entre outros ver, Viana, Cláudia, *Os princípios comunitários na contratação pública*, página 171

¹⁹² Morais, Luís D.S.; Rodrigues, Nuno Cunha, *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas*, em *Contratação Pública e Concorrência*, Edição Almedina, 2013, página 88 e 90

¹⁹³ Laurent Richer, opta por afirmar que não obstante os ramos de direito têm objetivos comuns, eles conflituam porquanto a sua área de intervenção é diversa e implica perspetivas antagónicas. Por outro lado, sublinham Luís D.S. Morais e Nuno Cunha Rodrigues que, da mesma forma que o regime de contratação pública não garante, eficientemente, a concorrência de mercado, também o direito da concorrência, “pela sua natureza transversal e abrangente”, não satisfaz as exigência de concorrência no procedimento concursal, Morais, Luís D.S.; Rodrigues, Nuno Cunha, *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais*, página 90

¹⁹⁴ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública – A exclusão de propostas suscetíveis de falsear a concorrência*, em *Estudos de Contratação Pública – Volume III*, 1.ª Edição, 2010, página 201

suscetibilidade de verificação de práticas anticoncorrenciais por parte dos concorrentes ou candidatos num procedimento de formação do contrato, revelando as fragilidades do mercado da contratação pública¹⁹⁵. De facto, a Autoridade da Concorrência apontou como práticas anticoncorrenciais usuais no procedimento de contratação pública a supressão de propostas ou *cover prices*, as propostas complementares ou propostas sombras, as propostas rotativas ou a subcontratação. Laurent Binet¹⁹⁶ acrescenta ainda a coordenação de propostas ou troca de informações entre empresas num momento em que as suas propostas deveriam ser secretas, a participação de um número reduzido de concorrentes e a homogeneidade de propostas.

Para a compreensão do tema ora em análise, afigura-se necessário iniciar uma breve exposição sobre as práticas anticoncorrenciais usuais. Com efeito, o cartel caracteriza-se por “um acordo entre uma pluralidade de empresas fáticas e legalmente independentes, participantes no mesmo setor de produção ou comercialização com vista a restringir a concorrência”¹⁹⁷. A adoção da figura tem como escopo a maximização de lucros, a autorregulação da atividade dos seus participantes, beneficiando de maior segurança e proteção¹⁹⁸ no mercado. De “geometrias variáveis”¹⁹⁹, a composição do cartel poderá passar por um poder centralizado ou por uma estrutura informal, mediante “breves contactos difíceis de demonstrar posteriormente á sua realização”²⁰⁰. Ora, parte do mercado de contratação pública caracteriza-se, precisamente, por potenciar a sua formação e, a publicidade incita na tramitação do procedimento pré-contratual, facilita o controlo da atividade por parte dos restantes membros do cartel.

Na ampla noção de acordos ou *gentlemen's agreement*, imputa-se a concertação de vontades entre empresas posicionadas horizontal ou verticalmente na cadeia de produção e distribuição, de forma escrita ou oral, pública ou secreta, expressa ou tácita, com o escopo de limitar a liberdade de atuação dos concorrentes²⁰¹. No âmbito da contratação pública, o consenso poderá não se alargar à globalidade das propostas apresentadas porquanto, por vezes, os concorrentes ou candidatos acordam somente acerca de fatores específicos.

¹⁹⁵ A expressão “mercados de contratação pública” foi inicialmente utilizada por STIGLER para denominar os mercados propensos “à presença de um comprador de características especiais (para) facilitar a estabilidade de um cartel”, Moreira, João, *Cartelização em contratação pública (...)* página 208

¹⁹⁶ Morais, Luís D.S., Rodrigues, Nuno Cunha, *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais*, página 101

¹⁹⁷ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública (...)* página 204

¹⁹⁸ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública (...)* página 204

¹⁹⁹ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública (...)* página 205

²⁰⁰ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública (...)* página 205

²⁰¹ Cabe referir que, segundo o TJUE, não se incluem nesta noção e, em consequência, no âmbito de aplicação do artigo 101.º do TFUE, os contratos coletivos de trabalho.

Segundo João Moreira, a atuação dos cartéis no âmbito dos acordos horizontais reconduzem-se a um de três possíveis modelos, não devendo operar qualquer distinção entre a atuação que visa especificamente um procedimento pré-contratual ou uma atuação com o escopo de fixar preços na generalidade da atividade comercial da empresa²⁰².

Em primeiro lugar, o autor discorre sobre a “apresentação de propostas - ou seja, os mesmos fatores e subfactores - exatamente idênticas por parte de todos os participantes no cartel”²⁰³. Em segundo lugar, os cartéis poderão organizar “esquemas de rotação da proposta vencedora”²⁰⁴, na qual os seus membros vencem rotativamente o procedimento, pelo que os restantes apresentam propostas-sombra ou não se apresentam no procedimento. Por fim, no terceiro modelo, os membros que compõem o cartel implementam um “método de transferência lateral de pagamentos” mediante a escolha do membro mais eficiente, “determinando em seguida qual o valor que este receberia no caso da inexistência do cartel”²⁰⁵. Com efeito, através da diferença “entre este valor e o valor efetivamente recebido pela empresa é então distribuído em partes equitativas por todos os membros do cartel”²⁰⁶.

Diferentemente, o conceito de práticas concertadas procura agregar as situações de cooperação entre empresas com o propósito de reduzir os riscos da concorrência de mercado, embora não compreenda a existência de acordo. Pelo que, a coordenação é realizada mediante “conversas informais ou simples anúncios de intenções”²⁰⁷.

Conforme explica João Moreira, na contratação pública, especialmente nos procedimentos que visam um mercado de carácter oligopolístico, poderá se verificar um comportamento paralelo das empresas, que destarte não acordarem ou encetarem contactos entre si, desenvolvem uma atuação passiva, o que se denomina por “paralelismo inteligente”. Não obstante este mecanismo não ser contemplado no artigo 101.º do TFUE, deve constituir “um forte indício de acordo ou práticas concertadas”²⁰⁸.

A integração da troca de informações na noção ampla de práticas anticoncorrenciais no âmbito da contratação pública justifica-se pelo facto de permitir aos concorrentes antecipar as propostas dos seus pares e, nessa medida, fixar preços superiores aos que resultam do mercado. Não obstante esta troca consubstanciar um comportamento normal no mercado, de

²⁰² Moreira, João, *Cartelização em contratação pública* (...) página 243

²⁰³ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública* (...) página 243

²⁰⁴ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública* (...) página 244

²⁰⁵ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública* (...) página 245

²⁰⁶ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública* (...) página 245

²⁰⁷ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública* (...) página 221

²⁰⁸ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública* (...) página 227

onde decorrem vantagens para o bem-estar geral²⁰⁹, na contratação pública ele não deverá ocorrer porquanto permite não só que os concorrentes ou candidatos antecipem os atributos constantes nas propostas ou candidaturas a apresentar pelos seus pares como também coordenem o conteúdo das mesmas.

Após a breve exposição das noções do direito da concorrência essenciais para a compreensão do tema em estudo, podemos desde já afirmar que os agrupamentos são passíveis de dissimular algum tipo de prática anticoncorrencial pelo que poderá se subsumir ao controlo previsto na alínea g), do n.º 2 do artigo 70.º do CCP.

Em primeiro lugar, o legislador determina que devem ser excluídas, qualquer proposta que apresente fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear a concorrência. De acordo com a doutrina mais avalorada, a expressão “fortes indícios” revela a opção legislativa de garantia, isto é, um ónus sobre a entidade adjudicante de conferir com “razoável grau de certeza”²¹⁰ à existência de práticas anticoncorrenciais desenvolvidas por um concorrente ou candidato, de forma individual ou conjunta. Este controlo deverá ser efetuado de forma casuística, ponderando por um lado o interesse público e por outro os interesses patrimoniais dos operadores económicos. Não obstante o controlo *ad hoc* por parte da entidade adjudicante, a doutrina e jurisprudência, com vasta experiência na área, compilou uma série de indícios sinalizadores de práticas anticoncorrenciais. Com efeito, a partir da apresentação preços idênticos ou com alterações semelhantes por parte dos membros de um cartel, a adjudicação constante à mesma empresa ou de forma rotativa no mercado, propostas com erros de cálculo ou de ortografia.

Especificamente, no que se refere aos agrupamentos de candidatos ou concorrentes no procedimento de contratação pública, qualquer das posições anteriormente referidas pugnam pela aplicação das regras da concorrência porquanto esta figura é suscetível de ocultar acordos horizontais entre empresas.

Embora, segundo a OCDE, as entidades adjudicantes não se encontrem suficientemente sensibilizadas para o prejuízo do interesse público e das contas públicas decorrente de práticas anticoncorrenciais num procedimento de contratação pública, cabe-nos fazer uma análise crítica das normas existentes.

²⁰⁹ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública* (...) página 228

²¹⁰ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública* (...) página 228

3.1 - A suscetibilidade de práticas anticoncorrenciais por Agrupamentos de Candidatos ou Concorrentes

Como resulta exposto, a celebração de um contrato público e o procedimento que o antecede devem ser orientados pelo respeito pelo princípio da concorrência, propiciando a eficiência dos recursos económicos públicos, num mercado fértil para a verificação de práticas anticoncorrenciais por parte dos concorrentes. Nessa medida, o legislador nacional incluiu no CCP duas fases de controlo concorrencial: a entidade adjudicante atua de forma preventiva e a Autoridade da Concorrência num segundo momento, com carácter *ex post*, ao abrigo da alínea g), do n.º 2 e n.º 3 do artigo 70.º do CCP, respetivamente.

Desde logo, associação informal de candidatos ou concorrentes, na figura de agrupamentos, embora “frequentemente estimulada no âmbito da contratação pública – pode suscitar reservas do ponto de vista jus-concorrencial”²¹¹, porquanto potencia uma cooperação interempresarial, incluindo-se na noção ampla de “acordos horizontais de comercialização” e, em consequência, potencia a formação de cartéis²¹². Na verdade, a existência de propostas menos agressivas implica necessariamente uma diminuição do número de propostas no procedimento, suscetível de enfraquecer os níveis de bem-estar geral.

Reconhece-se, por outro lado que, os agrupamentos são capazes de beneficiar a concorrência porquanto constituem um meio para as pequenas e médias empresas, que normalmente não teriam capacidade de concorrer, o façam. Como ainda permitem “estimular a inovação e o progresso técnico uma vez que, através da reunião de aptidões complementares, os concorrentes podem apresentar propostas mais adequadas e inovadoras”.²¹³ Acresce que, o esforço conjunto desenvolvido pelos membros capacita-os para apresentar custos de produção reduzidos e propostas mais agressivas²¹⁴. Excecionalmente, a constituição de um agrupamento

²¹¹ Morais, Luís D.S.; Rodrigues, Nuno Cunha, *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais*, página 104

²¹² São vários os autores internacionais, como V. Julian Clarke, Simon J. Evenett, Robert D. Anderson e William E. Kovacic, que referem a importância da aplicação do direito da concorrência no direito de contratação pública de forma a otimizar os concursos e a servir, dessa forma, o interesse público. Por sua vez, a OCDE, desenvolveu nas últimas décadas diretrizes no âmbito das práticas anti concorrenciais nos contratos públicos, denominadas por *bid-rigging*. Importa ainda referir que “a OCDE qualifica um cartel “hard core” com base numa definição que dá especial atenção aos meios utilizados pelos carteis para prosseguirem fins anticoncorrenciais. É, em substância, qualquer acordo entre empresas ou prática concertada entre concorrentes que fixe preços, permita práticas de colusão em contatos públicos ou implique a repartição de mercados.” Morais, Luís D.S., Rodrigues, Nuno Cunha, *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais*, página 97

²¹³ Morais, Luís D.S.; Rodrigues, Nuno Cunha, *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais*, página 104

²¹⁴ Permite ainda, conforme explica João Moreira, contornar ou minimizar o paradoxo que é normalmente designado por *winner’s curse* ou a maldição do vencedor. Com efeito, todos os membros do agrupamento, ao aliar as suas capacidades, informações e estudos relativos aos custos da execução do contrato, implicam propostas mais realistas e agressivas.

poderá implica uma diminuição do risco de cartelização, nomeadamente, no caso da associação de membros originar uma diminuição de assimetrias “incentivando, assim, a uma fuga do equilíbrio colusório”²¹⁵.

Perante as vantagens da figura do agrupamento de candidatos ou concorrentes, a comissão europeia, demitiu-se de aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, entendendo que esta figura não implica, *ab initio*, uma coordenação de comportamentos entre os seus membros. Em consequência, remeteu o controlo para a análise casuística.

Pelo contrário, a OCDE, tem questionado a amplitude com que os legisladores nacionais previram esta figura. Desde logo, a instituição tem defendido a inadmissibilidade dos agrupamentos nos casos em que os seus membros, individualmente, têm capacidade técnica e financeira suficiente para vencer o procedimento e cumprir o contrato adjudicado. Por sua vez, a Autoridade da Concorrência, em 2007, no caso Aeronorte/Helisul, processo 20/05, entendeu, com base no estudo e análise das propostas anteriores apresentadas por cada membro do agrupamento em concursos anteriores, que individualmente teriam capacidade para apresentar por si próprio uma proposta e, em consequência, assegurariam a adjudicação do concurso. Dessa forma concluiu que o agrupamento de ambas não passava de uma forma de “diminuir artificialmente o número de concorrentes e de fixação de preços mais elevados do que nos anos anteriores”²¹⁶. Na mesma linha, Jorge Andrade da Silva afirma que “se as empresas se não agrupam com o objetivo de, em conjunto, executarem um contrato, é bem provável que o façam para subverter as regras da concorrência”²¹⁷.

Embora esta posição pareça ambiciosa e justificada porquanto garante que o interesse público seja salvaguardado, são vários os Autores que levantam reservas, defendendo que a OCDE parte de uma presunção, de um entendimento “apriorístico”²¹⁸, suscetível de não ter reflexo na prática. Com efeito, Luís D. S. Morais defende que, a solução preferível seria a “avaliação casuística do consórcio na esteira do defendido pelo Conselho de Concorrência Francês que considerou que estes agrupamentos não são sempre ilícitos devendo, no entanto, justificar-se por necessidades técnicas ou economias de escala e não ter por objeto ou efeito eliminar a concorrência no mercado em causa”²¹⁹. Em segundo lugar, o Autor entende que não deve haver lugar à imposição de uma proibição abrangente nos casos em que a própria

²¹⁵ Morais, Luís D.S., Rodrigues, Nuno Cunha, *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais*, página 104

²¹⁶ Morais, Luís D.S., Rodrigues, Nuno Cunha, *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais*, página 107

²¹⁷ Silva, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, página 214.

²¹⁸ Morais, Luís D.S., Rodrigues, Nuno Cunha, *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais*, página 108

²¹⁹ Morais, Luís D.S., Rodrigues, Nuno Cunha, *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais*, página 108

legislação nacional o permite, nomeadamente na alínea b), do n.º 2 do artigo 87 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, no qual as entidades bancárias, não obstante possuírem capacidade financeira suficiente para suportar elevados apoios financeiros a empresas, formam agrupamentos. O último exemplo apresentado tem por base acórdãos comunitários como *Van Eycke* ou *Vlaamse Reisbureaus*, que levaram o TJUE a defender que não se deverá imputar às empresas responsabilidade pela prática de atos anticoncorrenciais permitidos e até potenciados pela própria legislação dos Estado Membros.

Questão ligeiramente diversa é a admissibilidade da constituição de agrupamentos em procedimentos concursais que visam um mercado de carácter duopolista ou oligopolista. À partida, a associação de empresas que operam neste tipo de mercado funciona como uma espécie de “*ring a bell*”, suficiente para desencadear um controlo de práticas anticoncorrenciais. Embora não prevista na legislação nacional, ao contrário do que sucede, por exemplo com o *Code des Marchés Publics*, esta circunstância é passível de ser incluída na alínea g) do n.º 2 do artigo 70.º do CCP. Pelo que, conforme defende João Moreira e J. T. Lang, a associação de empresas com estas características implicará a exclusão da proposta e a aplicação do artigo 101.º do TFUE, razão pela qual a cominação legal é a nulidade, não produzindo efeitos na relação entre os contraentes bem como face a terceiros, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 289.º do CCP.

Numa perspetiva global, parece-nos possível afirmar que a admissão da figura dos agrupamentos de candidatos ou concorrentes justifica um cuidado redobrado num controlo das práticas anticoncorrenciais e implica, fundamentalmente, um juízo equilibrado entre o interesse público e os interesses dos operadores económicos.

Independentemente da apresentação individual ou conjunta, segundo Cabral de Moncada, a atuação das entidades administrativas e judiciais deve-se pautar por considerações “predominantemente materiais ou teleológicas e não formais”²²⁰, mediante a averiguação concreta sobre os “direitos e interesses” afetados. Com efeito, como o mesmo autor explica, a “ordem europeia da atividade económica”²²¹ não visa, exclusivamente, a preservação da concorrência, mas pelo que, no juízo valorativo, a entidade competente para o controlo deve considerar também o interesse público e dos consumidores.

²²⁰ Moncada, Luis S. Cabral de, *A relação jurídica administrativa* (...), página 622

²²¹ Moncada, Luis S. Cabral de, *A relação jurídica administrativa* (...), página 622

3.2 - A proibição da Dupla Participação

Tal como se referiu, superficialmente, no capítulo II da Parte I da presente dissertação, fruto da influência europeia no ordenamento jurídico português, o legislador incluiu no CCP não só de forma expressa²²², o princípio da concorrência no procedimento concursal, como também incluiu diversas manifestações ao longo do regime. É precisamente o caso do n.º 2 do artigo 54.º que prevê a proibição da dupla participação, isto é, a proibição de um concorrente ou candidato participar num procedimento concursal, simultaneamente como membro de dois agrupamentos distintos ou como membro de um agrupamento e de forma individual. A verificação de dupla participação implica a exclusão da proposta, conforme o disposto na alínea b), do n.º 2 do artigo 146.º do CCP, sem prejuízo da aplicação de contraordenação simples, nos termos do artigo 458.º do CCP.

A previsão da proibição da dupla participação justifica-se, em primeiro lugar, porquanto uma participação simultânea é suscetível de indiciar a troca de informações entre concorrentes e o conhecimento de candidaturas ou propostas numa fase em que estas deveriam ser secretas. Em segundo lugar, a previsão legal visa impedir situações de colusão entre concorrentes, em prol de uma concorrência efetiva, da transparência e da igualdade no tratamento dos concorrentes.

A doutrina nacional e internacional tendem a incluir na hipótese legal, embora não contemplada, a participação num procedimento de empresas em relação de domínio, na qual uma empresa integra um agrupamento e a outra concorre noutro agrupamento ou individualmente. O TJUE debruçou-se sobre uma situação semelhante, em 19 de Maio de 2009, no acórdão vulgarmente conhecido por *Assitur*²²³. Neste acórdão, o TJUE referia-se à compatibilidade entre uma legislação nacional que “proíbe a participação, de maneira separada e concorrente, num processo de adjudicação de sociedades entre as quais exista uma relação de domínio ou influência importante” e a legislação comunitária. Com efeito, a participação simultânea num agrupamento e individualmente por parte de empresas que se encontram em relação de domínio, consubstancia da mesma forma, na esteira do defendido por Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, a violação das regras de concorrência, pelo que, mediante a

²²² De acordo com o n.º 4 do artigo 1.º do CCP, “à contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”. Acresce a disposição do artigo 201.º do CPA que prevê “à formação dos contratos a que se refere o número anterior são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”.

²²³ Processo C – 538/07, de 19 de Maio de 2009, disponível em eur-lex.europa.eu

interpretação extensiva da letra da lei, deve esta hipótese ser incluída no âmbito de aplicação do artigo.

Todavia, como se referiu na parte I, os agrupamentos de concorrentes distinguem-se das empresas em relação de domínio porquanto, entre múltiplos motivos, os primeiros compreendem apenas uma associação momentânea entre pessoas singulares ou coletivas. Ora, o acórdão referido pronunciava-se sobre a participação individual de duas empresas detidas, indiretamente, uma pela outra, no mesmo procedimento de formação do contrato o que violaria a legislação italiana que proibia a participação separada de empresas em relação de grupo na empreitada de obras públicas. Segundo a jurisprudência citada, alicerçada no acórdão *La Cascina*²²⁴ e no acórdão *Michaniki*²²⁵, “as causas de exclusões previstas no artigo 45.º da Diretiva 2004/15 – que correspondem às situações que, sob o nome de *impedimentos*, figuram no artigo 55.º do CCP – assentam em razões ligadas à *honestidade profissional*, à *solvabilidade* ou à *fiabilidade* dos operadores, em suma, às suas *qualidades profissionais*”²²⁶ taxativas, que não admitem diferente previsão pelos Estados-Membros. Diferentemente, o caso italiano prendia-se com o respeito pelos princípios da igualdade de tratamento dos concorrentes, da transparência e da concorrência pelo que a primeira regra não se encontrava submetido à regra da exaustividade do artigo 45.º.

Sem prejuízo, o mesmo acórdão concluiu no sentido de que a proibição absoluta *ab initio*, sem a oportunidade de “defesa” por parte das empresas em relação de domínio constituiria igualmente uma violação da concorrência e do princípio da proporcionalidade. Nessa medida, determinou o TJUE que, verificada a hipótese em estudo, deve a entidade adjudicante conceder audiência prévia, adiando a sua exclusão do procedimento apenas nos casos em que as empresas não lograssem provar que a relação de domínio “não teve influência sobre o seu comportamento”²²⁷. Portanto, o direito europeu proíbe “uma disposição de exclusão abstrata e automática, fundada na proposição iniludível de que as propostas em causa foram necessariamente influenciadas uma pela outra”²²⁸. Gonçalo Guerra Tavares e Nuno Monteiro Dente são vozes críticas da solução legal encontrada pelo acórdão do TJUE porquanto acreditam que, a dificuldade de prova do conluio ou concertação implicaria uma constante suspeita de práticas anticoncorrenciais²²⁹.

²²⁴ Processo C – 226/04 e C – 228/04, de 09 de Fevereiro de 2006, disponível em eur-lex.europa.eu

²²⁵ Processo C – 213/07, de 12 de Dezembro de 2006, disponível em eur-lex.europa.eu

²²⁶ Rodrigo Esteves de Oliveira, em *Empresas em Relação de Grupo e Contratação Pública*, página 96

²²⁷ Processo C – 538/07, de 19 de Maio de 2009, disponível em eur-lex.europa.eu

²²⁸ Rodrigo Esteves de Oliveira, em *Empresas em Relação de Grupo e Contratação Pública*, página 100

²²⁹ Tavares, Gonçalo Guerra; Dente, Nuno Monteiro, *Código dos Contratos Públicos*, página 232

No que se refere à jurisprudência portuguesa, esta adotou o entendimento comunitário. De entre os vários acórdãos, destacamos o proferido pelo Supremo Tribunal Administrativo, no dia 01 de Novembro de 2011, no âmbito do processo n.º 0851/10, segundo o qual a análise das práticas anticoncorrenciais por parte de empresas em relação de domínio deve ser concreta e casuística, “não podendo fundar esse falseamento numa mera presunção decorrente da sua antecedente e originária relação de domínio”²³⁰.

3.3 - Apreciação Crítica

No presente subcapítulo, proponhamo-nos estudar e explorar a influência do princípio da concorrência e do direito da concorrência no regime da contratação pública, exposição objetivamente orientada para o regime dos Agrupamentos de Candidatos e Concorrentes, previsto no artigo 54.º do CCP.

Pela análise da jurisprudência e doutrina sobre o tema, parece-nos, na esteira de Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, que o apuramento de situações de dupla participação deve ser realizado de forma casuística e concreta, tendo em consideração as características específicas dos membros do agrupamento e do mercado em que se desenvolvem. Pelo que, não nos restam dúvidas que se assume de máxima importância capacitar as entidades adjudicantes nas áreas de direito da concorrência, sensibilizando-as para a identificação de práticas anticoncorrenciais.

Já se observou que o TJUE tem vindo a traçar nos últimos anos esta vertente jurisprudencial porquanto, desde o acórdão *ASSITUR*, que sustenta que a exclusão automática de todas as candidaturas ou propostas em que o operador participa²³¹, imposta por legislação do Estado-Membro, é violadora do princípio da concorrência e da proporcionalidade. Com efeito, o TJUE reforçou este entendimento, em Dezembro de 2010, no acórdão *Serrantoni*, e posteriormente, em Dezembro de 2012, já no âmbito dos critérios de honorabilidade profissional. Enfim, parece-nos seguro sustentar que da jurisprudência comunitária decorre a exclusão de presunções inilidíveis que impeçam os concorrentes de apresentar a sua “defesa” perante indícios ou suspeitas de práticas anticoncorrenciais.

²³⁰ Este acórdão do STA, de 01 de Novembro de 2011, processo n.º 0851/10, embora não se pronuncie sobre a participação de empresas em relação de domínio em diferentes agrupamentos, permite perceber a posição jurisprudencial nacional relativa à aplicação das regras de concorrência na contratação pública visto que é o primeiro acórdão do STA sobre a questão, disponível em www.dgsi.pt

²³¹ Gonçalves, Pedro Costa, *Gestão de Contratos Públicos em tempo de crise*, página 12

A subsunção da visão preconizada pela jurisprudência comunitária à prática diária das entidades adjudicante implica que esta, após verificar qualquer indício de conluio ou concertação entre os membros do agrupamento e outros concorrentes, apure imediata e imparcialmente a sua veracidade. Para tal, acreditamos ser essencial a audiência prévia prevista nos artigos 147.^{o232} e 185.^{o233} do CCP. Com efeito, esta audiência²³⁴ constitui “um imperativo jurídico”²³⁵, decorrente da previsão constitucional no n.º 5 do artigo 267.º da CRP, a partir do qual se efetiva o direito de participação dos interessados no procedimento, funcionando como “uma reverberação do princípio geral, de origem processual, do *audi alteram pars* e, enquanto tal, critério decisivo do *due process* no âmbito administrativo”²³⁶. Ora, como garantia administrativa preventiva²³⁷, esta é a fase própria para os candidatos ou concorrentes se pronunciarem e questionarem a sua avaliação, independentemente de terem ou não sido excluídos preliminarmente, podendo a apreciação recair não só sobre aspetos jurídicos como também factuais, técnicos ou de mérito²³⁸.

Pelo exposto, entendemos que esta é a oportunidade dos agrupamentos ou de os membros, *de per si*, de eliminarem qualquer suspeita de prática anticoncorrencial, precavendo dessa forma a sua posição no relatório final. Em consequência, defendemos que o ónus da prova deverá recair sobre o agrupamento, isto é, é a este que cabe provar que não praticou qualquer ato suscetível de configurar como prática anticoncorrencial.

Conforme explica João Moreira, poderá ainda existir uma possibilidade de clarificação anterior, ainda que não se consubstancie numa defesa ou exercício do contraditório, mas tão só num esclarecimento, por parte dos membros do agrupamento. Com efeito, o autor refere-se expressamente ao artigo 72.º do CCP, que prevê a possibilidade de “ao júri de pedir esclarecimentos, nomeadamente, sobre custos que justifiquem alterações de valores

²³² Segundo o artigo 147.º CCP, “Elaborado o relatório preliminar, o júri procede à audiência prévia nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 123.º”

²³³ Segundo o artigo 185.º do CCP, “Elaborado o relatório preliminar referido no artigo anterior, o júri envia-o a todos os candidatos, fixando-lhes um prazo, não inferior a cinco dias, para que se pronunciem, por escrito, ao abrigo do direito de audiência prévia”.

²³⁴ A audiência prévia constitui uma formalidade, restrita aos concorrentes – independentemente das suas propostas se encontrarem avaliadas ou excluídas – e recai sobre o mérito e a legalidade do procedimento – relativo à análise, à avaliação e subsequente ordenação ou exclusão das candidaturas ou propostas. Encontra-se prevista na fase do relatório preliminar sobre as propostas, no n.º 1 do artigo 123.º e 147.º, na fase do relatório preliminar sobre as candidaturas, no artigo 184.º do CCP e na fase do relatório preliminar sobre a exclusão de soluções do diálogo concorrencial, no n.º 3 do artigo 212, todos do CCP.

²³⁵ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 985

²³⁶ Moncada, Luiz S. Cabral de, *Novo Código do Procedimento Administrativo anotado*, Edição Coimbra Editora, 2015, 1.ª Edição, pp 425

²³⁷ Amorim, João Pacheco de, *As garantias administrativas no código dos contratos públicos*, em Estudos de Contratação Pública Vol. II, Edição Coimbra Editora, pp 198.

²³⁸ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 990

apresentados em concursos anteriores a existência de preços idênticos nas diversas propostas ou a discrepância dos valores apresentados em concurso para aqueles que a empresa pratica na venda ao público.”²³⁹

Importa ainda ter presente que o CCP, prevê como cominação legal, a exclusão das candidaturas ou propostas apresentadas em violação do princípio da dupla participação, a que acresce a aplicação de uma contraordenação simples. Conforme defendem Mário e Rodrigo Esteves de Oliveira, o sistema sancionatório previsto revela a sobrevalorização de valores como a certeza e segurança jurídica sobre “valores de justiça e confiança jurídica de quem age de boa-fé”²⁴⁰. Com efeito, a doutrina referida aponta a desproporcionalidade da exclusão da candidatura ou proposta apresentada pelo agrupamento com base na dupla participação de um dos seus membros no procedimento concursal, quando este apresentou simultaneamente uma proposta individual. Pelo que, da violação do n.º 2 do artigo 54.º do CCP somente deveria decorrer a exclusão da proposta individual, limitado dessa forma os efeitos nefastos de contaminação no agrupamento.

Por outro lado, cabe-nos referir que, a crise económica e financeira que afetou a União Europeia e de forma particularmente gravosa Portugal, originou por parte da doutrina internacional e nacional, a promoção da aplicação de um pacote de medidas públicas específicas, heterogêneas, que visam promover a eficiência económica e apoiar os contraentes privados. Na sequência, autores com Burgi²⁴¹, têm defendido a adaptação e flexibilização do regime da contratação pública, pugnando pela abolição desta proibição em mercados específicos, sobretudo quanto à participação de entidades bancárias no procedimento.

A observação do autor vai de encontro à posição jurisprudencial e doutrina acima exposta, que defende as vantagens da figura do agrupamento no procedimento concursal. Sublinhe-se ainda que, de forma mediata, a flexibilidade do regime jurídico valoriza o interesse público. Com efeito, sem ignorar tudo o que se disse, a adoção de um regime rígido e inflexível que prossegue o estrito cumprimento do princípio da concorrência e, de certa forma, as regras da concorrência, sacrifica valores tão importantes como o da justiça e da eficiência, onerando de forma injustificada o erário público e os privados.

²³⁹ Moreira, João, *Cartelização em contratação pública* (...) página 228

²⁴⁰ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, *Concursos e outros procedimentos* (...) página 548

²⁴¹ Burgi, Martin, “The Role of Banks in PPP Procurement Procedures – Existence and Scope of an unwritten Prohibition of “Simultaneous Participation” after the ECJ’s “Assitur”-Case,” publicado na *Revista European Public Private Partnership Law Review*, 2010, 17, referido em Gonçalves, Pedro Costa, *Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise*, página 11-12.

Por fim, no plano *inter partes*, à conduta do membro do agrupamento poderá ser imputável, prejuízos sofridos pelos restantes membros do agrupamento decorrente da exclusão da proposta ou candidatura, posteriormente peticionados numa ação de condenação. Ora, parece-nos que a competência material para tal ação deverá estar reservada aos tribunais judiciais visto que a relação entre os membros é estritamente privada, ainda que indiretamente, tenha fundamentação na relação material administrativa. Com efeito, no artigo 4.º do ETAF, sobre a epígrafe *âmbito da jurisdição*, o legislador previu “as questões ou litígios sujeitos ou excluídos do foro administrativo”²⁴², sob o critério de delimitação “de raiz constitucional” da *relação contratual administrativa*. Pese embora o motivo subjacente à constituição do agrupamento se relacione com os poderes administrativos de abertura de um procedimento, não nos parece que a resolução de litígios entre privados se possa enquadrar em qualquer das alíneas do n.º 1 ou no n.º 2 do mesmo artigo, que prevê “pertence à jurisdição administrativa e fiscal a competência para dirimir os litígios nos quais devam ser conjuntamente demandadas entidades públicas e particulares entre si ligados por vínculos jurídicos de solidariedade, designadamente por terem concorrido em conjunto para a produção dos mesmos danos ou por terem celebrado entre si contrato de seguro de responsabilidade”.

²⁴² Oliveira, Mário Esteves de, Oliveira, Rodrigo Esteves de, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, página 32

CONCLUSÃO

No horizonte da presente dissertação propúnhamo-nos embarcar num estudo sistemático sobre a figura do agrupamento de candidatos e concorrentes no CCP, oferecendo uma visão global do regime substantivo e adjetivo nas diversas perspetivas dos sujeitos na formação do contrato público. Efetivamente no decurso da análise do artigo 54.º do CCP foram surgindo novos temas relacionados, que por sua vez, conduziram à investigação de outras matérias.

Com efeito, a correta interpretação do regime central relativo à figura do agrupamento implica o recurso à jurisprudência nacional e comunitária, cujos contributos foram e continuam a ser fundamentais para a eficiência e proteção dos interesses públicos e privados subjacentes num procedimento de formação do contrato público.

Por outra via, a previsão genérica no CCP exige, indubitavelmente, um juízo concreto e casuístico por parte das entidades adjudicantes, quando chamadas a se pronunciar sobre a comunicabilidade dos impedimentos ou sobre potenciais acordos suscetíveis de lesar a concorrência num mercado público. Como tal, reforça-se a importância de dotar estas entidades de meios e conhecimentos suficientes para se pronunciarem sobre a panóplia de questões potencialmente levantadas pela participação de um agrupamento de candidatos ou concorrentes num procedimento pré-contratual, reduzindo a jusante, a percentagem de litigância.

Não obstante as externalidades positivas decorrentes da existência do agrupamento num procedimento, evidenciadas ao longo da presente dissertação, a inflexibilidade da legislação e da jurisprudência nacional poderá conduzir a uma diminuição do número de agrupamento de candidatos e concorrentes, com prejuízo para o interesse público, para a eficiência e para o erário público.

Pelo exposto, cremos que se abrem novos caminhos para a reflexão e ponderação de soluções legais alternativas, servindo a tese ora apresentada como uma modesta contribuição para o efeito.

BIBLIOGRAFIA

Almeida, Mário Aroso de – *O Novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*, 1.^a ed. Porto: Edição Almedina, S.A., Fevereiro, 2003. ISBN 972-40-1895-4

Amaral, Diogo Freitas do; Torgal, Lino – *Curso de Direito Administrativo – Vol. II*, 1.^a ed. Coimbra: Edição Almedina, S.A., Setembro, 2009. ISBN 978-972-40-1539-2

Amorim, João Pacheco de, *As garantias administrativas no código dos contratos públicos*, in Estudos de Contratação Pública Vol. II, Organização Pedro Costa Gonçalves, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Janeiro, 2010. ISBN 978-972-32-1784-1,, pp 198.

Aparicio, Emilio Jimenes – *Comentarios a la legislacion de Contratación pública – vol. I*, 1.^a ed. LEX NOVA, ISBN 978-748-09-9524-2

Arrowsmith, Sue; Priess, Hans-Joachim; Friton, Pascal, *Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?*, in Public Procurement Law Review, 2009, p. 1-57

Brito, Miguel Nogueira de – *Ajuste Direto*, in Estudos de Contratação Pública – Vol. II, Organização Pedro Costa Gonçalves, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Janeiro, 2010. ISBN 978-972-32-1784-1, p. 297-345

Cadilha, Carlos Alberto Fernandes – *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2.^a ed. Lisboa [etc.]: Coimbra Editora, S.A., Junho, 2011. ISBN 978-972-32-1931-9

Caldeira, Marco – *Sobre a caducidade da adjudicação no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública – Vol. IV, Organização Pedro Costa Gonçalves, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Fevereiro, 2013. ISBN 978-972-32-2072-8, p. 447-485

Caldeira, Marco - *Da legitimidade ativa no contencioso pré-contratual – em especial, os pedidos impugnatórios baseados na ilegalidade das peças procedimentais*, in Revista do Ministério Público, n.º 134, Abril/Junho de 2013, p. 275 – 310

Caldeira, Marco – “*Um por todos... ” ou “Juntos até que a morte os separe”?* – *Agrupamentos e litisconsórcio no contencioso pré-contratual*, in Caderno de Justiça Administrativa, Diretora Cláudia Viana, n.º 17, Braga: Edições CEJUR, Setembro, Outubro, 2014. ISBN, p. 8-22

Campos, Diogo Duarte de; Machado, Carla – *Um por todos e todos por um? Efeitos da insolvência em agrupamento de concorrentes*, in Estudos de Contratação Pública – Vol. IV, Organização Pedro Costa Gonçalves, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Fevereiro, 2013. ISBN 978-972-32-2072-8, p. 305-338

Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada - Vol. I*, 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Janeiro, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8

Carrilho, Gonçalo – *Insolvência e Contratação Pública: Brevíssimas notas*, in Revista da Ordem dos Advogados, Organização Bastonária Elina Fraga, Ano 75, Lisboa: Edição Almedina S.A., Julho/Dezembro, 2015, ISSN 0870-8118

Cordeiro, António Menezes – *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 1.ª ed., Lisboa: Edição Almedina, S.A., Março, 2009. ISBN 978-972-40-3791-2

Correia, Sérvulo; Torgal, Lino; Sánchez, Pedro Fernández – *Alteração de circunstâncias e modificação de propostas em Procedimentos de Contratação Pública*, in Estudos de Contratação Pública – Vol. III, Organização Pedro Costa Gonçalves, 1.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Novembro, 2010. ISBN 978-972-32-1898-5, p. 149-200

Cunha, Paulo Olavo – *Direito das Sociedades Comerciais*, 3.ª ed. Coimbra: Edição Almedina, S.A., Dezembro, 2007. ISBN 978-972-40-3315-0

Gonçalves, Pedro Costa, *Gestão de contratos públicos em tempo de crise*, in Estudos de Contratação Pública – Vol. III, Organização Pedro Costa Gonçalves, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Novembro, 2010. ISBN 978-972-32-1898-5, p. 5-49

Gouveia, Ana Martins – *Concurso limitado por prévia qualificação*, in Estudos de Contratação Pública – Vol. I, Organização Pedro Costa Gonçalves, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Janeiro, 2008. ISBN 978-972-32-1648-6, p. 229-274

Leitão, Alexandra – *Lições de Direito dos Contratos Públicos Parte Geral*, 1.^a ed. Lisboa: AAFDL, Janeiro, 2014. EAN 5606939007674

Moncada, Luís S. Cabral de – *A relação jurídico administrativa – Para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos*, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Novembro, 2009. ISBN 978-972-32-1757-5

Moncada, Luís S. Cabral de – *Código do Procedimento Administrativo anotado*, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Novembro, 2015. ISBN 978-972-32-2326-2

Morais, Luís D.S.; Rodrigues, Nuno Cunha – *Contratação pública e práticas anti-concorrenciais no Direito Internacional Económico e no Direito da União Europeia, em especial acordos entre empresas*, Organização Cláudia Trabuco e Vera Eiró, 1.^a ed. Lisboa: Edição Almedina, S.A., Setembro, 2013. ISBN 978-972-40-5158-8, p. 85-116

Moreira, João – *Cartelização em contratação pública – a exclusão de propostas suscetíveis de falsear a concorrência*, in Estudos de Contratação Pública – Vol. III, Organização Pedro Costa Gonçalves, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Novembro, 2010. ISBN 978-972-32-1898-5, p. 201-260

Oliveira, Mário Esteves de; Oliveira, Rodrigo Esteves de – *Código de Processo nos Tribunais Administrativos – vol. I*, 1.^a ed. Lisboa: Edição Almedina, S.A., Janeiro, 2006. ISBN 978-972-40-2149-2

Oliveira, Mário Esteves de; Oliveira, Rodrigo Esteves de – *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, 1.^a ed. Coimbra: Edição Almedina, S.A., Fevereiro, 2016. ISBN 978-972-40-4558-0

Oliveira, Rodrigo Esteves de – *Empresas em relação de grupo e contratação pública*, in Revista de Contratos Públicos, Diretor Pedro Costa Gonçalves, n.º 2, Coimbra: Edição CEDIPRE, Abril, Maio, 2011. ISBN 977-218-21-6405-4, p. 89-109

Oliveira, Fernando Baptista de - *Contratos Privados das noções à prática judicial – Vol. II*, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, S.A., 2015 ISBN 978-972-32-2323-1

Pinto, Paulo Mota – *Responsabilidade por violação de regras de concurso para celebração de um contrato (em especial o cálculo de indemnização)*, in Estudos de Contratação Pública – Vol. II, Organização Pedro Costa Gonçalves, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Janeiro, 2010. ISBN 978-972-32-1784-1, p. 273-296

Raimundo, Miguel Assis – *A formação dos Contratos Públicos*, 1.^a ed. Lisboa: Edição A.A.F.D.Lisboa, 2013, ISBN 978-000-29-0021-8

Sampaio, Raquel – *Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública*, in Estudos de Contratação Pública – Vol. IV, Organização Pedro Costa Gonçalves, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Fevereiro, 2013. ISBN 978-972-32-2072-8, p. 487-536

Silva, Jorge Andrade de – *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 3.^a ed. Coimbra: Edição Almedina, S.A., Abril, 2010. ISBN 978-972-40-4183-4

Sousa, Marcelo Rebelo de; Matos, André Salgado de – *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral – Tomo III*, 2.^a ed. Lisboa: Publicações D. Quixote, Setembro, 2009. ISBN – 978-972-20-3878-2

Tavares, Gonçalo Guerra; Dente, Nuno Monteiro – *Código dos Contratos Públicos – Regime da Contratação Pública Comentado* – vol. I, 1.^a ed. Coimbra: Edição Almedina, S.A., Novembro, 2009. ISBN 978-972-40-4072-1

Trabuco, Cláudia, *Existem empresas que não são empresas? As entidades adjudicantes e o conceito jus-concorrencial de empresa*, Organização Cláudia Trabuco e Vera Eiró, 1.^a ed. Lisboa: Edição Almedina, S.A., Setembro, 2013. ISBN 978-972-40-5158-8, p. 11-42

Valles, Edgar – *Consórcio, ACE e outras figuras*, 1.^a ed. Lisboa: Edição Almedina, S.A., Novembro, 2007. ISBN 978-972-40-3034-0

Varela, Antunes; Bezerra, J. Miguel; Nora, Sampaio – *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., Julho, 1984

Viana, Cláudia – *Os princípios comunitários na contratação pública*, 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., 2007, ISBN 978-972-32-1517-5

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>, salvo indicação em contrário

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Acórdão do STA (Costa Reis), processo n.º 0191/02, de 17 de Abril de 2002
- Acórdão do STA (Costa Reis), processo n.º 0911/03, em 18 de Junho de 2003
- Acórdão do STA (António Madureira), processo n.º 01367/03, de 06 de Agosto de 2003
- Acórdão do STA (Fernanda Xavier), processo n.º 054/04, de 03 de Fevereiro de 2004
- Acórdão do STA (Adérito Salvador dos Santos), processo n.º 17/11, de 31 de Março de 2011
(in <http://www.contratacaopublica.com.pt/jurisprudencia/portuguesa/>)
- Acórdão do STA (António Madureira), processo n.º 0556/11, de 20 de Setembro de 2011
- Acórdão do STA (António Madureira), processo n.º 0851/10, de 11 de Novembro de 2011

TCA NORTE

- Acórdão do TCA Norte (Lino Rodrigues Ribeiro) processo n.º 01262/10.0BEBRG, de 18 de Março de 2011
- Acórdão do TCA Norte (Antero Pires Salvador), processo n.º 01072/10.5BELSB, de 20 de Janeiro de 2012
- Acórdão do TCA Norte (Carlos Luís Medeiros de Carvalho), processo n.º 01352/08.0BEVIS, de 22 de Outubro de 2012
- Acórdão do TCA Norte (Carlos Luís Medeiros de Carvalho), processo n.º 00304/07.1BEPRT, de 23 de Fevereiro de 2013
- Acórdão do TCA Norte (Alexandra Alendouro), processo n.º 00239/12.6BEMDL, de 20 de Fevereiro de 2015

TRIBUNAL DE CONTAS

- Acórdão n.º 40/10, proferido pela 1.ª S/SS, processo n.º 1303/2010

INDÍCE DE JURISPRUDENCIA EUROPEIA

Disponíveis em <http://www.curia.europa.eu/>

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Acórdão Impresa Lombardini Spa – Impresa Generale di Costruzioni contra ANAS – Ente nazionale per le strade e Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA e Impresa Ing. Mantovani Spa contra ANAS – Ente nazionale per le strade Ditta Paolo Bregoli, processo C – 285/99 e 289/99, de 27 de Novembro de 2001
- Acórdão Sintesi SpA contra Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, processo C – 247/02, de 07 de Outubro de 2004
- Acórdão Siemens AG Österreich e Arge Telekom & Partner contra Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger e Bietergemeinschaft EDS/ORGa, processo C-314/01, de 18 de Março de 2004

- Acórdão Espace Trianon SA e Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) contra Office communautaire et regional de la formation professionnelle et de l'emploi (Forem), processo C – 129/04, de 08 de Setembro de 2005
- Acórdão La Cascina Soc. Coop.arl. e Zilch Srl contra Ministero della Difesa e Ministero dell'Economia e delle Finanze, processo C – 226/04 e C – 228/04, de 09 de Fevereiro de 2006
- Acórdão Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contra Comissão das Comunidades Europeias, processo C – 205/03, de 11 de Julho de 2006
- Acórdão Serrantoni Srl e Consorzio stabile edili Srl contra Comune di Milano, processo C – 213/07, de 12 de Dezembro de 2006
- Acórdão Selex Sistemi Integrati Spa contra Comissão das Comunidades Europeias, processo C- 155/04, de 12 de Dezembro 2006
- Acórdão Consorzio Elisoccorso San Raffaele contra Elilombarda Srl e Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano, processo C-492/06, de 04 de Outubro de 2007
- Acórdão Assitur Srl contra Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, processo C – 538/07, de 19 de Maio de 2009
- Acórdão Club Hotel Loutraki AE e Athinaïki Techiki AE e Evangelos Marinakis contra Ethniko Symvoulío Radiotileorasis e Ypourgos Epikrateias, processo C – 145/08 e C – 149/08, de 06 de Maio de 2010
- Acórdão Makedoniko Metro e Michaniki AE contra Elliniko Dimosio, processo C - 57/01, de 23 de Janeiro de 2013